



INSTITUTO SUPERIOR DE CIÊNCIAS POLICIAIS E SEGURANÇA INTERNA

Prisão em Flagrante: Peculiaridades no Exercício da Atividade da Polícia Judiciária.

Rodrigo Ribeiro Valadão

Dissertação de Mestrado em Ciências Policiais
Área de especialização em Criminologia e Investigação Criminal

Orientação científica: Prof. Doutor Leonardo Buissa Freitas
Universidade Federal de Goiás

Dezembro, 2019

Rodrigo Ribeiro Valadão

Prisão em Flagrante: Peculiaridades no Exercício da Atividade da
Polícia Judiciária.

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Ciências Policiais, Especialização em Criminologia e Investigação Criminal pelo Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna.

Orientador: Prof. Doutor Leonardo Buissa Freitas

Dezembro, 2019

Rodrigo Ribeiro Valadão

Prisão em Flagrante: Peculiaridades no Exercício da Atividade da
Polícia Judiciária.

Dissertação apresentada como requisito
parcial à obtenção do grau de Mestre em
Ciências Policiais, Especialização em
Criminologia e Investigação Criminal pelo
Instituto Superior de Ciências Policiais e
Segurança Interna.

Aprovado em ____/____/____/

BANCA EXAMINADORA

Prof. Doutor Ezequiel Agostinho Maciel Rodrigues
(Presidente)

Prof. Doutor Leonardo Buissa Freitas
(Orientador)

Prof.^a Doutora Maria João Escudeiro

Dezembro, 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Prof. Dr. Leonardo Buíssa Freitas, pela liberdade e confiança referente ao presente trabalho, além da disponibilidade de tempo e amizade de longos anos.

Agradeço ao programa da Programa de Mestrado do Instituto Superior de Ciências Policiais e Segurança Interna de Portugal, e todos os professores, diretores e funcionários pertencentes a ele.

Agradeço ao Prof. Dr. Nuno Caetano Lopes de Barros Poiares pela oportunidade e por todos os apontamentos realizados na construção desta dissertação.

Agradeço a todos os meus colegas de mestrado, por todo conhecimento compartilhado. Sinto que nós percorremos este caminho junto, nos complementando e nos fortalecendo. Obrigada pela rica troca e cumplicidade.

A todos os meus amigos, desnecessário citar tantos nomes, pois vocês sabem quem são, e em especial Reinaldo Oscar, Yuri Santana, Waldek Fachinelli, pela força e por não terem me deixado desistir.

A Marina Zava, pela insistência e apoio para terminar o presente curso. E citando meu saudoso amigo, o jurista e poeta Ursulino Leão, por ser um sopro de Deus em minha vida.

Aos meus irmãos, Fernando e Marco Aurélio, eternos exemplos de estudo, e trabalho.

A minha mãe, pelo seu esforço em proporcionar o melhor do ensino, desde o fundamental até os dias de hoje. Obrigada por acreditar em mim, mesmo quando eu não acreditava. Você é minha fortaleza.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de tratar acerca da prisão em flagrante, especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, assim, tomará como base a análise doutrinária, legal e jurisprudencial pertinentes à temática, bem como, buscará fazer um confronto entre aqueles e as peculiaridades desse instituto jurídico ante o exercício da polícia judiciária na abordagem de caso prático. Essa pesquisa terá como substrato a revisão bibliográfica junto às doutrinas mais contundentes acerca do seu objeto de estudo, bem como utilizará abordagens jurisprudenciais, legais e prática, pois, através do método dedutivo, intentará concluir se há a necessidade de reformar a codificação brasileira. Para tanto este trabalho perpassou por três momentos principais, sendo assim, o primeiro capítulo deste abordará a evolução histórica e social da existência da prisão em flagrante ao longo do tempo, até desaguar em seu ponto primordial que será este instituto frente o ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, sua relação com as Cartas Constitucionais; em arremate haverá uma explanação acerca do modo e estruturação da segurança pública no Brasil. Em sequência, o segundo capítulo investigará cada um dos dispositivos concernentes à prisão em flagrante, tanto no momento de incidência, quanto no tocante ao seu procedimento e materialização frente a atuação das delegacias do Distrito Federal. Após, no terceiro capítulo far-se-á uma observância e compreensão do preceito fundamental do princípio da proporcionalidade no processo penal, momento frente o qual se investigará a visão dos Tribunais Superiores ante a sua aplicabilidade. Nesse espeque, ao final se poderá formalizar e concluir a seguinte pesquisa frente o intuito de compreender se o instituto da prisão em flagrante está legalmente aparelhado para atender às determinações criminais ou se ele precisará sofrer reformas.

Palavras-chave: Direito processual penal. Prisão em flagrante. Polícia judiciária. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT

The present work has the objective of dealing with the arrest in flagrante, specifically in the Brazilian legal system, thus, it will take as base the doctrinal, legal and jurisprudential analysis pertinent to the subject, as well as, it will seek to make a confrontation between those and the peculiarities of this institute before the exercise of judicial police in the practical case approach. This research will have as a substrate the bibliographic review with the most convincing doctrines about its object of study, as well as using jurisprudential, legal and practical approaches, because, through the deductive method, it will try to conclude if there is a need to reform the Brazilian codification. The first chapter of this paper will deal with the historical and social evolution of the existence of the prison in flagrante over time, until it reaches its primary point that this institute will be facing the Brazilian legal system and , mainly, its relation with the Constitutional Letters; in closing there will be an explanation about the way and structure of public security in Brazil. Subsequently, the second chapter will investigate each of the devices related to the arrest in flagrante, both at the time of incidence, as well as regarding its procedure and materialization in relation to the actions of the Federal District police stations. Then, in the third chapter, it will be observed and understood the fundamental precept of the principle of proportionality in the criminal process, at which point the Supreme Courts' view of their applicability will be investigated. At the end, the following research may be formalized and completed in order to understand whether the institute of the red-handed prison is legally equipped to comply with criminal determinations or whether it will need to undergo reforms.

Key words: Criminal procedural law. Arrest in flagrante. Judiciary Police. Principle of proportionality.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE.	
	15
1.1 – OS DESDOBRAMENTOS DA PRISÃO AO LONGO DO TEMPO.	15
1.1.1 – A prisão e seu viés acautelatório.	17
1.1.2 – A prisão-pena e as arbitrariedades inquisitórias.	20
1.1.3 – A Coroa Portuguesa e o instituto da prisão.	23
1.1.4 – A era moderna e as influências pretéritas.	25
1.2 – A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM AS CONSTITUIÇÕES VIGENTES.	27
1.2.1 – A instituição da prisão antes do Código Processual Penal de 1941.	28
1.2.2 – A prisão em flagrante e a nova acepção do Direito à Liberdade.	33
1.3 – A SEGURANÇA PÚBLICA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.	41
CAPÍTULO II - ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CONCERNENTES A PRISÃO EM FLAGRANTE.	44
2.1 – ABORDANDO A DIFERENÇA ENTRE A PRISÃO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA E A PRISÃO CAUTELAR.	44
2.2 – A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE.	49
2.2.1 – Entendendo o conceito e as características da prisão em flagrante.	52
2.3 – OS INSTITUTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE: ESPÉCIES, REQUISITOS E A VISÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.	55
2.3.1 – Das diversas modalidades de prisões em flagrante previstas na Legislação Processual Penal Brasileira.	56
2.3.1.1 – A ocorrência do flagrante real ou próprio.	62
2.3.1.2 – A ocorrência do flagrante impróprio contido no inciso III do artigo 302.	65
2.3.1.3 – A ocorrência do flagrante presumido ou ficto (inciso IV do artigo 302).	67
2.3.2 – O flagrante nas diversas espécies de crimes.	70
2.3.2.1 – O flagrante nas infrações permanentes.	70
2.3.2.2 – Flagrante nos crimes habituais.	72

2.3.2.3 – Flagrante nos crimes continuados	73
2.3.2.4 – Flagrante nos crimes formais.....	73
2.3.2.5. – Flagrante em crimes cometidos diante da autoridade	74
2.3.3 – A previsão da prisão em flagrante expressa na Lei de Drogas – Lei 11.343, de 2006.	75
2.3.4 – Dos procedimentos para a realização do flagrante segundo o Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941.	77
2.3.5 – Do controle judicial pela autoridade judiciária após o conhecimento da prisão em flagrante.....	81
2.4. A MATERIALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL NAS DELEGACIAS DE POLICIA DO DISTRITO FEDERAL.	82
CAPÍTULO III – O PRECEITO FUNDAMENTAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL.	86
3.1 – O PRECEITO MANDAMENTAL DOS PRINCÍPIOS E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	86
3.1.1 – O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no processo penal brasileiro.....	92
3.2 – A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	101
3.3 – A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.	106
CONCLUSÃO	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
ANEXO A - DADOS DAS PRISÕES EM FLAGRANTE.	123

INTRODUÇÃO

Toda e qualquer sociedade se desenvolveu e foi estruturada, ao longo dos anos, em razão da contínua e incessante mutabilidade da vontade humana.

Em razão dessas condições, sobreveio a necessidade de sedimentar, através de um contrato social, mecanismos com capacidade de suprimir, afirmar, assegurar e determinar os direitos e as obrigações de toda e qualquer pessoa. (ROUSSEAU,2014)

Ainda com base no referido autor, o convívio social demandou alguns institutos cuja capacidade fosse evitar a interferência e deterioração dos direitos de *outrem*, ou seja, é preciso que as pessoas se sintam protegidas e arregimentadas enquanto parte daquela ordem social. Igualmente, é preciso coibir e persuadir a abstenção de determinadas ações, pois, caso sejam realizadas haverá punições.

Assim, ao entender o Estado como sendo o ente supremo pode-se apontar o fato de ter tomado para si o *jurisdictio*, pois por intermédio dele, se tornou o cuidador da preservação da ordem e do progresso. Do mesmo modo, erigiu-se na obrigação de estar presente ante a existência e determinação dos fatores criminais frente o *jus puniendi*, sendo ele declarado em conformidade com a legislação aplicada por meio de seus agentes públicos.

Ocorre, todavia, que antes de determinada condição se tornar uma ação penal passível de sofrer uma sanção legalmente prevista, é necessário que a mesma esteja considerada delitiva pela norma de direito material, qual seja: o Código Penal, bem como as centenas de leis penais extravagantes em vigor no Brasil.

Logo, essa mesma conduta, estará passível de sofrer medidas diversas da punição advinda do cumprimento da pena, dentre essas modalidades pode-se destacar a prisão, que, em conformidade com a Legislação Processual Penal Brasileira será bipartida em cautelar (em sentido amplo) e definitiva(decorrente de transito em julgado).

Como primordial, pode-se destacar o objeto de estudo deste trabalho, qual seja, a figura da prisão em flagrante, pois, após vários anos exercendo a atividade de Delegado de Polícia, percebeu-se que citado instituto processual segue em um contínuo, problemático e perigoso procedimento de engessamento, uma vez

que a legislação brasileira sobre o tema já não mais se coaduna com os diversos tipos penais sobrevividos pela ação da criminalidade crescente.

De modo crítico, discute-se alguns casos em que a realização de prisões em flagrante, realizadas por policiais militares, coadunou-se, a princípio, contrárias à legislação em vigor.

Ainda assim, houve a necessidade de homologar essas prisões por questões de adequação aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, acima de tudo, por questão de justiça, uma vez que existiam indícios suficientes para isso.

Igualmente, a problemática geral desta pesquisa estará na falta de adequação legislativa (normais penais e processuais) adequadas aos procedimentos excessivamente burocráticos. Logo, a atuação policial acaba prejudicada, pois as prisões em flagrantes (normas processuais penais) facilmente se tornam ilegais ante a falta de um substrato legislativo adequado e suficiente para garantir sua efetividade.

Consequentemente se prejudica a efetiva segurança jurídica da sociedade, bem como haverias riscos de ofensas aos diversos direitos e garantias individuais do cidadão.

Por conseguinte, a presente pesquisa buscará tratar construir e compreender a origem histórica e a evolução, em âmbito geral, da prisão, bem como sua chegada ao Ordenamento Jurídico Brasileiro, e, em âmbito específico, da prisão em flagrante. Conjuntamente, abordar-se-á a posição da doutrina relativa a cada época histórica e, principalmente, quanto a perquirir a existência de lacuna legal para o entendimento da possível incoerência do procedimento da prisão em flagrante frente aos novos tipos penais e sua evolução casuística.

A prisão em flagrante é a mais corriqueira e importante medida cautelar de um Estado, traduzindo, assim, um dos meios utilizados no intuito de coagir os indivíduos da sociedade à observância e respeito frente aos tipos penais (BITENCOURT, 2012).

Com efeito, como a tipicidade é regida pelos princípios da anterioridade, caso durante ou logo após a prática de uma infração penal, seja seu executor flagrado nas referidas condições, estará o Estado, por meio de seus agentes (sentido amplo), legitimado, bem como, calcado na Lei, a segregar um dos mais

importantes direitos fundamentais, que é: a liberdade(a nosso ver o segundo direito mais importante).

Para tanto, o Estado precisa ter o resguardo de uma Lei completa como se exige. Legislação que deve se traduzir não apenas em uma garantia aos agentes estatais para fazer cumprir e respeitar as determinações e vedações legais, mas principalmente devem servir enquanto garantia para o indivíduo contra qualquer ação abusiva ou arbitrária do Estado, sempre em respeito aos direitos da integridade física e psíquica, da dignidade, da igualdade, dentre outros (ALENCAR; TÁVORA, 2010).

Destarte, como a consequência da inobservância à vedação das práticas criminais é a segregação e o possível encarceramento do indivíduo, pode-se apontar como um dos deveres imposto ao Estado zelar pela vigência de uma lei cuja sua matéria e conteúdo sejam precisos e claros, ou seja, que se coadunem com a época vivenciada.

Todavia, principalmente o cenário jurídico brasileiro, padece de normas devidamente atualizadas e alinhadas com o andajar da sociedade. Dessa forma, os clamores sociais incitam a desordem e prejudicam a administração social, enquanto o Poder Judiciário se queda inerte.

Com efeito, dentre esses apontamento, pode-se destacar como problemas específicos a serem investigados neste trabalho, o fato de que: (a) para a aplicação da lei de forma correta, justa e de acordo com evolução da sociedade, deveria o legislador ter se preocupado com a política criminal, e as novas situações até então imprevisíveis quando da sua elaboração; (b) não obstante, o legislador foi omissos e deixou um vácuo legislativo, além de ter abandonado o agente estatal e os operadores do Direito, com vários problemas sem resolução legal, tendo que recorrer-se, então, a meios não previstos na lei, doutrina ou jurisprudência (?). Ou então, obriga seus agentes a serem apenas fiéis cumpridores de uma lei injusta e ineficiente (?).

Na construção dessas ideias e busca por conclusões e possíveis soluções, o presente trabalho será fragmentado em três momentos. Assim, o primeiro capítulo buscará construir a trajetória do instituto da prisão ao longo dos anos, sempre demonstrando sua condição social de existência e finalidade.

O instituto da prisão tornar-se-á o foco primordial, pois, no princípio, não havia a separação entre tipos ou modos de se realizar a prisão, este instituto,

atualmente processual penal, era utilizado unicamente com o intuito e a finalidade de manter a guarda e custódia de determinada pessoa até que sobre ela adviesse determinada penalidade (corporal) correspondente ao ato praticado (BITENCOURT, 2012).

Seguindo o mesmo pensamento é interessante ressaltar, mesmo não sendo o foco de estudo deste trabalho, o fato de que a prisão se desenvolve ao mesmo tempo e em concomitância com os tipos de pena que serão aplicados e estruturados na sociedade hodierna, isso, pois, com o advento do Estado Democrático de Direito, a própria prisão tornar-se-á uma das espécies de pena.

Assim, perpassaremos sobre o momento em que a prisão passou a ser aplicada, pela primeira vez, com um viés acautelatório, enquanto mecanismo para permitir a validade e a aplicação das arbitrariedades inquisitórias; sua vigência no Reino de Portugal, bem como o advento da era moderna e a influência do liberalismo e do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto no mundo quanto no Brasil.

Logo após, buscar-se-á tratar, no Brasil, sobre a vigência, evolução e mutabilidade do instituto da prisão no ordenamento jurídico, principalmente frente as determinações exaradas nas normas Constitucionais, nas normas procedimentais expostas no Código Processual Penal e nas de direito material expostas no Código Penal quando pertinentes ao tema.

Realizado isso, ao final do primeiro capítulo demonstrar-se-á a existência da prisão em flagrante e como ela se interconecta com o direito à liberdade, ademais, far-se-á uma abordagem rápida e explicativa acerca da segurança pública e seu funcionamento, pois é esta a principal estrutura do Estado que diariamente lida com a existência e formalização da prisão em flagrante.

Continuamente, no segundo capítulo, trataremos acerca da análise dos dispositivos legais concernentes à prisão em flagrante no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Para tanto se abordará qual é a diferença existente entre a prisão para o cumprimento de pena e a prisão enquanto uma medida cautelar. Igualmente, passaremos ao estudo da natureza jurídica e conceito da prisão em flagrante, sempre tendo como base a melhor doutrina acerca deste instituto.

Ademais, referido capítulo, realizará um estudo aprofundado dos institutos, espécies, requisitos e a visão dos Tribunais Superiores acerca da prisão em flagrante e suas minúcias. Nesse momento, serão tratadas sobre as diversas

modalidades de prisão em flagrante previstas na legislação pertinente, além de abordar, em âmbito geral, como ela se demonstra em alguns tipos específicos de crimes, como, por exemplo, os crimes continuados, os crimes formais, dentre outros.

Em desfecho do segundo capítulo, será feita uma demonstração, tendo como base a interpretação da legislação, de se efetua o procedimento para a realização do flagrante nas delegacias do Distrito Federal, momento oportuno para abordar a apresentação do preso perante a autoridade competente, a comunicação da prisão à autoridade judicial, além da presença de advogado ou Defensor Público.

Referido capítulo será construído com o objetivo primordial de apresentar as partes envolvidas, além de demonstrar a existência e as particularidades da prisão em flagrante no Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como, o embasamento legal, doutrinário e jurisprudencial.

Nessa toada, passar-se-á rumo ao terceiro e último capítulo deste trabalho, que buscará tratar e demonstrar sobre a aplicação e existência dos princípios no Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como os meios e modo de resolver possíveis conflitos entre princípios frente os ensinamentos de Robert Alexy.

Após, abordaremos, em específico, a visão dos Tribunais Superiores quanto à aplicabilidade e validade do princípio da proporcionalidade e do princípio da razoabilidade junto a jurisprudências e casos práticos vivenciados por este autor.

De modo minucioso, será analisado o preceito fundamental dos princípios em conjunto com a sua influência, validade e aplicabilidade no ordenamento pátrio, ponto este que será embasado na doutrina acerca dos princípios. Em sequência, o objeto de análise será o princípio da proporcionalidade, bem como sua aplicação no processo penal brasileiro, além do modo como os Tribunais Superiores entendem acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade.

Assim, no último ponto deste trabalho, será possível abordar a relação entre o princípio da proporcionalidade e a sua relação e aplicação no instituto da prisão em flagrante. Neste momento, este autor buscará apresentar alguns casos particulares frente os quais inexistiam norma material vigente e eficaz, entretanto houve a necessidade de efetivar a prisão em flagrante em nome do bem jurídico maior, qual seja, a ordem social.

Referido trabalho buscará, justamente, enfatizar, sensibilizar e expandir as mentes de doutrinadores, aplicadores e estudiosos do Direito, bem como do Poder Legislativo para as necessidades prementes e urgentes da sociedade

(reforma legislativa e efetividade das ações penais), além de servir como base para posteriores apanhados de dados gerais em espaços geográficos específicos, questão que não foi construída neste trabalho, posto que a finalidade aqui é demonstrar e construir os aspectos doutrinários e legalistas do problema.

Para tanto, este trabalho foi construído com base no método de pesquisa dedutivo, de modo que seu intuito foi o de analisar a evolução da prisão até a contemporaneidade e verificar a sua legalidade.

Nessa construção, foi possível determinar, como possível solução, que ante o confronto com um caso prático e alguns julgamentos, foi preciso construir a proposição de uma dedução e validade de determinados boletins de ocorrências que devem ser lavrados, mesmo sem respaldo no direito material, pois em latente conformidade com a justiça social e o princípio da proporcionalidade.

Em deslinde, há alguns doutrinadores cujo esteio e emplastro para a construção e formação deste trabalho foram imprescindíveis, dentre eles, podemos citar, os póstumos, Romeu Pires de Campos Barros e Cesare Beccaria; além de outros nomes da atualidade como Rosmar Rodrigues de Alencar, Cezar Roberto Bittencourt, Fernando Capez, Rogério Schietti Machado Cruz, Aury Lopes Júnior, Renato Brasileiro de Lima, dentre outros.

CAPÍTULO I – A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DA PRISÃO EM FLAGRANTE.

Seguindo o pensamento secular de Beccaria (2011) é impossível imaginar uma vida em sociedade sem a previsão de consequências, “pena”, em sentido amplo, para o indivíduo que descumpre ou afronta uma norma legal.

Com efeito, após reflexiva leitura pode-se apontar a existência de algumas divergências doutrinárias e históricas acerca dos fatos e fundamentos que permeiam o instituto da prisão, seja enquanto pena, seja por meio acautelatório. Portanto, percebe-se, mediante um viés utilitário, a importância na compreensão da prisão para observância da sua separação enquanto prisão-pena e prisão-acautelatória.

Nesse esboço, o primeiro capítulo deste trabalho será voltado primordialmente ao estudo e compreensão da prisão em seu aspecto geral, para tanto, tem a finalidade de compreender a vigência e evolução do referido instituto, bem como, abordar de modo genérico suas diversas espécies.

Em seu escorço será demonstrado como a prisão se desenvolveu ao longo do tempo no mundo e, posteriormente, como ela foi inserida no Ordenamento Jurídico Brasileiro, bem como, as diversas transformações que advieram em virtude da mudança legislativa, social e processual que afetaram sobremaneira a sua finalidade.

Conquanto, em seu objeto específico, este estudo analisará uma das diversas espécies de prisão, qual seja, o instituto da prisão em flagrante. Em razão disso, perpassará por suas modalidades processuais e investigará possíveis injustiças ou injustiças advindas ante a existência de lacunas legais, pois elas tornam possível a liberdade ou a custódia pelo Estado daquele que foi o autor de um fato típico.

1.1 – OS DESDOBRAMENTOS DA PRISÃO AO LONGO DO TEMPO.

Partindo da compreensão histórica formulada por Cezar Roberto Bitencourt (2018), aponta-se como o primeiro momento histórico do qual se detém uma ideia acerca do surgimento de penas, bem com, uma percepção da prisão o período antecedente e posterior à regência do Código de Hamurabi, cuja

construção, estima-se, tenha-se realizado em meados de 1.770 a.C. Referido código, por sua vez, era uma compilação de artigos e leis que foram talhados em pedra, outrossim, seu corpo legislativo cuidava de disciplinar todos os sistemas sociais que compunham a organização daquele povo.

Desta compilação, há a incidência das primeiras regras sobre penalidades. Naquela época, as penas sofridas eram consubstanciadas pela aplicação da Lei de Talião, ou seja, imperava o inescrupuloso vernáculo, a máxima do “olho por olho, dente por dente”. Desse modo, havia a reclusão (prisão) da parte que havia cometido o delito, posteriormente, ela seria levada diretamente à pessoa competente para ditar sua sentença, cuja aplicação seria imediata.

Nessa época, denominada por Bitencourt (2018) de vingança privada, que as penas eram facilmente executadas entre as próprias tribos, sem a intervenção ou separação de poderes estatais. A primazia da vontade residia na sobrevivência. Um homem que roubava já seria sentenciado a um castigo corporal, cujo intuito era retirar dele e de todos os outros indivíduos a intenção ou perpetuação do delito, não havia uma separação entre os momentos de descoberta do crime, investigação, processamento e a efetiva punição.

Os grupos ou tribos eram organizados de modo a buscar uma maior harmonia e preservação de sua própria identidade, colocação e ordem, pois não havia a presença do aclamado ente superior, Estado, quanto menos a separação e atuação de seus três poderes, fosse o Legislativo, o Executivo ou o Judiciário.

Prontamente, era improvável a percepção da prisão enquanto meio acautelatório ou punitivo, a necessidade de manter a ordem em determinado agrupamento era primordial frente todo e qualquer ato que fosse praticado. Ainda que houvesse proporcionalidade entre a pena executada e os atos praticados, todos os castigos recaíam sobre o indivíduo, logo, ele poderia ser escravizado, morto ou destituído de determinado bem (confisco), dentre outros.

Entretanto, ainda que a prisão não existisse como fator de efetivação da pena já se tinha um vislumbre, uma leve percepção da sua importância. Prontamente, quem cometia o delito era coercitivamente levado perante uma autoridade superior, do mesmo modo, muitas vezes, era mantido em cativeiro até que fosse devidamente sentenciado, portanto, já se tinha um vislumbre do que outrora seria a prisão acautelatória (CRUZ, 2011).

Consequentemente, pondera-se o fato de que na antiguidade diversos

institutos jurídicos, sociais e antropológicos ainda se encontravam em fase de formulação e adequação, o Estado enquanto entidade controladora e ordenadora que executa os mecanismos da governabilidade ainda era uma figura inexistente. No mesmo sentido, a sociedade não se organizava com o intuito de desenvolvimento e avanço, o conglomerado humano mais se condensava em virtude da necessidade e oportunidade.

Em seu estado de natureza, como bem pontua Rousseau (2014), o ser humano se preocupava unicamente com a sua própria sobrevivência. Não sem motivos a penalidade de executar qualquer pessoa que invadissem sua propriedade ou lhe prejudicasse a vida surgia como primordial e eficaz.

A sociedade herdava características místicas e religiosas (vingança divina); era a natureza humana da proteção que determinava quem se submetia e quem era submetido e controlado, a escravidão advinha enquanto a submissão de um povo considerado como fraco e submisso em virtude de suas concepções de criação e existência (BITENCOURT, 2018).

Portanto, ainda segundo Rousseau (2014), o estado de natureza, bem como as crenças e heranças do passado, faziam o homem acreditar na morte enquanto penalidade necessária e eficaz; mesmo raciocínio assistia às penas corpóreas.

Ante o advento do Estado e frente maior organização social a prisão passou a ser utilizada tanto para manutenção da ordem, como para punição do indivíduo infrator. Historicamente, o desenvolvimento da prisão sempre foi realizado com a mesma finalidade: manter em custódia determinada pessoa, contudo a finalidade e o seu *modus operandi* sofreram diversas modificações ao longo dos séculos.

Fatigados de só viver em meio a temores e de encontrar inimigos em toda parte, cansados de uma liberdade cuja incerteza de conservá-la tornava inútil, sacrificaram uma parte dela para usufruir do restante com mais segurança. A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao bem geral, constituiu a soberania da nação; e aquele que foi encarregado pelas leis como depositário dessas liberdades e dos trabalhos da administração foi proclamado o soberano do povo (BECCARIA, 2011).

1.1.1 – A prisão e seu viés acautelatório.

A doutrina especializada acerca do tema, como Cezar R. Bitencourt

(2018), Romeu P. de C. Barros (1982), Rogério S. Machado (2011) E Aury Lopes Júnior (2013), leciona que a prisão surgiu como o fim de conter os delinquentes, contudo sem efetivação como pena privativa de liberdade; inexistia à época o vislumbre da prisão-pena. Tanto é que a origem da palavra “cadeia”, originário do latim “catena, al” significa o elo, o anel, a algema que servia para ligar, pois era a maneira que os presos eram atados uns aos outros.

Nesse período surgiram as organizações sociais de Roma e Grécia que acabaram se tornando grandes percussoras do nosso ordenamento jurídico contemporâneo. Assim, em Roma e Grécia, as prisões já eram aplicadas com a finalidade de acautelar, regra geral, a pessoa seria levada e mantida em cárcere até a prolação de sua sentença, contudo, na Grécia, havia a possibilidade de liberdade mediante o pagamento de caução (BARROS, 1982).

Ao deparar-se frente os ensinamentos de Romeu Pires de Campos Barros (1982), pode-se apontar que desde os primórdios, um dos meios coercitivos adotados pelos juízes, na cidade de Roma, era, dentre outros, a prisão preventiva e a detenção. Nesse mesmo sentido, coube aos Romanos adotar o Sistema Acusatório de modo a delegar aos Tribunais permanentes as funções repressivas.

Continuamente, interpreta-se o fato de ter sido nesse sistema, onde os cidadãos deveriam comparecer sem nenhum meio (algemas, grilhões e outros) que deturpasse a sua liberdade perante o órgão judicante, cabendo atenção e respeito ao Princípio da Isonomia entre a acusação e a defesa. Todavia, admitia-se a prisão preventiva, em casos de flagrante ou quando existisse confissão, e o crime executado tivesse relação direta com a segurança do Estado.

O supramencionado autor, ao relatar em sua obra que: “[...] a Lei das Doze Tábuas permitia até matar o ladrão surpreendido em flagrante, desde que fossem observados os requisitos pertinentes a esta modalidade prática de autodefesa” (BARROS, 1982, p. 60) nos mostra a materialidade da justiça pretérita, cuja finalidade da punição residia ante a degradação corporal.

Durante o período romano, no qual regia o sistema acusatório, a prisão provisória tinha um caráter acautelatório e seu uso realizava-se de modo comedido e prudente, cuja finalidade era cuidar do acusado ou resguardar a ordem social. O povo romano era extremamente sensível às liberdades públicas inerentes aos cidadãos, a tal ponto de somente admitir a decretação da cautelar quando houvesse confissão ou efetivo flagrante.

O período Romano é apontado pela doutrina como um grande influenciador do atual regime de prisões do mundo contemporâneo. Assim, quando demonstra o uso da prisão de modo excepcional “[...]pois era frequentemente substituída por outras medidas, como a garantia fidejussória, admitida, entre os homens livres, para os que houvessem confessado o crime” (CRUZ, 2011, p. 20), demonstra a existência de conformidade entre o tipo penal aplicado, a penalidade, bem como a subjetividade do apenado, ou seja, caso confessasse ou desistisse poderia ter sido submetido a pena branda.

Há enorme consideração e constatação tanto de uma tentativa em criar um regime em que a prisão não é regra geral, mas apenas uma modalidade de restrição da liberdade que mantém a pessoa sob custódia para sua posterior punição¹, igualmente, vislumbram-se os contornos da liberdade provisória. No entanto, importa ressaltar que a prisão tinha como intuito manter a guarda do possível infrator para posterior punição, logo, incabível afirmar a existência da pena de reclusão.

Antigamente os Gregos já faziam uso da prisão enquanto mecanismo de restrição do direito de ir e vir. Contudo, eles permitiam sua utilização como uma espécie de cautela e coerção, fosse ante a constatação da prática de crimes, fosse para a resolução de demandas privadas, como, por exemplo, para o pagamento de dívidas, prisão essa que hoje carregaria semelhanças com a conhecida prisão civil² (BITENCOURT, 2018).

Ou seja, os gregos tinham na utilização da prisão a garantia de aplicação da *justitia*, ou ainda, para garantir a integridade daquele que violasse as regras de conduta, portanto, essas ações se mostram um cuidado com a comunidade e o *múnus público*.

Em contrapartida, também havia o uso da prisão como meio coercitivo que visava garantir o recebimento de um crédito concedido por determinada pessoa (credor). Frente essa hipótese, a finalidade era coagir o aprisionado ou ao pagamento da dívida, ou ao trabalho forçado que fosse suficiente para quitar o débito. Daí decorre, em parte, a prisão do depositário infiel (BITENCOURT, 2012).

¹ Para os fins deste trabalho e melhor compreensão é preciso ressaltar que durante aquele período as penas não eram utilizadas com a finalidade de ressocializar o ser humano para posterior reinserção no meio social, ao contrário, os castigos apesar de corporais tinham a finalidade de evitar a prática ou continuidade do delito, por isso, ele variavam da pena de morte ao açoitamento, ou escravidão e até mesmo o banimento.

² Vale esclarecer que de acordo com a CF 88, artigo 5º, inciso LXVII se admite o caso de pensão alimentícia.

Dessa forma, seguindo o entendimento de Bittencourt (2012) pode se declarar que a prisão possuía, já àquela época, caráter acautelatório/preventivo, com a finalidade de evitar fuga à punição. Portanto, visava garantir a aplicação e cumprimento da pena corpórea, ou o pagamento da obrigação pecuniária.

Em resumo, tendo como base os citados regimes acusatórios e o seu uso pode se resumir alguns pontos positivos acerca do uso da prisão: (i) ela foi utilizada em primazia como meio acautelatório, ou seja, servia para manter a posse sobre o culpado, bem como, (ii) para evitar que a sociedade fizesse valer sua própria justiça, por isso, os crimes eram segregados enquanto crimes públicos e crimes privados, contudo, essa separação apenas servia para determinar a punição adequada.

1.1.2 – A prisão-pena e as arbitrariedades inquisitórias.

Com a queda do Império Romano do Ocidente e a ascensão do Império Turco-Otomano, teve início o período de ascensão da Idade Média, momento em que a organização social, política e econômica da sociedade influenciaram sobremaneira no surgimento das bases ideológicas para a aplicação da prisão como forma de penalizar o réu, bem como de gerar suplícios e coibir contínuos atos outrora reprovados (adotando, assim, um caráter retributivo/preventivo), fossem crimes ou heresias.

As guerras e as grandes conquistas temperaram em demasia esse período, por referidas condições, avolumam a figura do Rei enquanto entidade suprema, juntamente com a instituição de organismos judiciais que formalizavam os julgamentos; surge a figura da detenção temporal (ou perpétua), onde o crime praticado pelo acusado não era motivo único e bastante para a condenação à morte.

Na idade média, a prisão passou a se aproximar da forma de servir como punição ao condenado, sendo que até então era utilizada apenas como um meio cautelar, ou seja, o executor do fato era mantido recluso até que lhe fosse deferida uma pena final, após a qual ele seria efetivamente condenado a sofrer uma pena de mutilação corporal, uma pena de morte ou de adimplir sua dívida pecuniária (BITENCOURT, 2012).

Com o advento da acumulação de riquezas, via materiais preciosos, da expansão territorial e das guerras as prisões acabam servindo como manutenção de expatriados, desertores e mesmo como cárcere de prisioneiros de guerra ou

inimigos da coroa que poderiam receber um “perdão real” ou, assim como os outros, ser devidamente condenado, portanto, a prisão ainda servia apenas como um local de guarda das pessoas (FADEL, 2012).

Igualmente, havia a existência das prisões eclesiásticas (ou prisão canônica), institutos reservados unicamente aos componentes do Clero que eram isolados em seus quartos ou pequenos locais de suas instituições e ficavam trancados com o intuito de serem devidamente apenados ou mantidos em retraimento para purificação.

Pela primeira vez se vislumbra “os princípios de uma “pena medicinal”, com o objetivo de levar o pecador ao arrependimento e à ideia de que a pena não deve servir para destruição do condenado, senão para seu melhoramento” (LOPES JR, 2013, p.24). Até então, não se cogitava na pena um meio para a melhoria ou reinserção do condenado na sociedade, sua única finalidade era o ardor carnal, ou seja, evitar que outros praticassem delitos.

Todavia, o poder supremo do monarca entra em declínio e enfraquece, por outro lado, as Igrejas e o Clero tomam o domínio do controle social, político e econômico do Estado-nação. Com o intento de manter seu controle religioso, as Igrejas passam a regular as investigações feitas à época, por meio dessa condição, põem-se a perseguir pessoas que professem outras religiões, os denominados hereges.

“[...] na concepção inquisitorial, que predominou na Europa Continental a partir do Século XII, a prisão passou a ser empregada com maior facilidade, notadamente como efeito natural da acusação, com o propósito de permitir ao inquisidor ter o acusado à sua disposição” (CRUZ, 2011, p.20).

Ante a instauração e a retomada da austeridade da Igreja, instituíram-se os Tribunais da Santa Inquisição, cuja finalidade era a manutenção da fé professada pela Igreja Católica Romana e a repressão a todos os seus ditos inimigos, igualmente não se admitia outras crenças ou a disseminação de ideias contrárias às da Igreja. Desse modo, a simples denúncia era suficiente para que a pessoa fosse recolhida ao cárcere.

Realizado o recolhimento da pessoa à prisão, passavam ao próximo passo: sua confissão. Dentro dessas construções, as pessoas sofriam inúmeros martírios, muitos tinham as unhas arrancadas, suas peles eram queimadas com óleo

ou água quente, além de diversas outras práticas desumanas; as torturas e o tratamento desumano e degradante são o ponto chave para retirar do culpado a confissão necessária para posterior aplicação de sua punição.

O corpo da pessoa acaba se tornando o bem sob o qual acaba recaindo não a punibilidade, ele é convertido em um “meio para, mantendo preso o acusado, submetê-lo a torturas, voltadas para alcançar a confissão”, é a primazia do sofrimento carnal para a tomada da confissão acima de todo e qualquer direito de dignidade ou integridade física (CRUZ, 2011, p.20).

Portanto, com a tomada do controle por parte da Inquisição ocorre o período conturbado da Idade Média; o instituto da prisão se torna local de tortura. Desse período, pode-se citar algumas características que envolviam a prisão e o sistema processual penal, como, por exemplo, a denúncia privada ou pública (inimigos do Estado ou da Igreja), a tomada/retirada da confissão à força era regra, a arbitrariedade do Inquisidor e a continuidade da aplicação de sentenças corporais.

A humanidade sofria o julgo da inexorável superstição; a avareza e a ambição de um reduzido número de homens poderosos enchiam de sangue humano os palácios dos senhores e os tronos dos reis. Havia traições secretas e morticínios públicos. O povo tinha na nobreza apenas opressores e tiranos. e os que pregavam o Evangelho, enodoados na carnificina e com as mãos cheias de sangue, ousavam oferecer aos olhos do povo um Deus misericordioso e de paz (BECCARIA, 2011).

As prisões eclesiásticas e as contra os opositores da realeza se tornam regra e se propagam por toda Europa, sendo utilizadas por países como, a França, a Inglaterra, a Espanha e Portugal, cada país adequa a prisão e a sua finalidade de tomada da confissão ou de manutenção dos inimigos públicos às suas ideologias subjetivas, ao seu sistema econômico, político e social.

Entretanto, em meados do século XVIII, quando os procedimentos de crueldade e tortura deram lugar à reflexão mais profunda a respeito do rigor da aplicabilidade das leis penais e com a queda do controle da Igreja tem início um período de mudança estrutural, tanto social, como econômico, político e antropológico.

Interpreta-se, frente o exposto que é inegável confrontar o fator penalidade com o sofrimento psicológico e físico. Tal característica adveio do período Medieval, todavia, como bem pontuado pelas citações doutrinárias, a prisão, enquanto repressão da liberdade se tornou fator necessário na reestruturação das

peessoas em sociedade.

Isso se deve, pois a pena sempre foi uma condicionante capaz de romper e afetar o ser humano em suas duas esferas primordiais, todavia, é eficaz declarar que sua origem advém da época medieval onde o ser humano era descartável. Não se comunga ou defende essa visão, do mesmo modo, impor apenas referida visão, no presente, é deturpar a finalidade da prisão enquanto punição para as ações ilícitas a macularem a vida humana.

Cabe ao pesquisador ignorar os fatores subjetivos e compreender a finalidade do instituto da prisão para fazer valer não a sua aplicabilidade arbitrária, mas os efeitos dela esperados ante a valorização da humanidade.

1.1.3 – A Coroa Portuguesa e o instituto da prisão.

Em face da importância e enorme influência da legislação portuguesa para o desenvolvimento da cultura jurídica no Brasil, esta subtônica apontará pela revisão bibliográfica uma compilação resumida acerca do instituto da prisão frente o ordenamento Português. Em vista disso, o estudo será voltado para as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas que vão repercutir tanto na Metrópole quanto em suas colônias.

Em meados do século XV, após sua subida ao trono, D. Afonso V há a promulgação da primeira compilação de legislações manuscritas da Coroa Portuguesa. As Ordenações Afonsinas estruturam em seu corpo jurídico os interesses políticos das classes dominantes à época: a Monarquia e o Clero.

Durante a vigência desta primeira ordenação, a prisão já era um fator primordial, contudo, sua finalidade estava restrita à manutenção do culpado até que ele confessasse o crime ou fosse devidamente julgado e condenado; vigorava a penalidade corporal. Isso ocorria em razão tanto das influências do Direito Canônico quanto do Direito Grego e Romano.

Para alguns doutrinadores, como, Rogério Lauria Tucci (1980), no início dos períodos monárquicos, o flagrante já era enfrentado como medida de exceção para se justificar a constrição sumária de liberdade. Segundo as ordenações naquele período histórico, ninguém poderia ser exibido em Juízo sem o pronunciamento de um magistrado, para que, com isso, fosse evitado o abuso quando das declarações de constrições da liberdade.

Apesar das primeiras Ordenações terem sido promulgadas apenas de modo tardio, conforme anota a explanação de Romeu Pires de Campos Barros (1982), durante o reinado D. João I houve legislações que cuidavam dos procedimentos criminais. Em 1358, ele promulgou uma lei que restringia as prisões provisórias, aponta que houve a imposição de uma nova forma ao processo criminal das querelas.

O intuito dos monarcas portugueses na época era criar um corpo legislativo capaz de consubstanciar e organizar uma jurisprudência que fosse utilizada como parâmetro em todos os julgados posteriores devidamente realizados no âmbito de vigência daquela norma.

Posteriormente, com o advento das Ordenações Manuelinas (1512 - 1605), o instituto da prisão preventiva ganha maior visibilidade e aplicação. Contudo, se realizava de modo restrito, ou seja, a decretação da prisão preventiva era possível apenas com a denúncia de um crime, o que era chamado de “dar querela”, e somente as infrações de menor potencial ofensivo obrigava a apresentação de provas que balizariam as alegações do denunciante.

Nessa época, com o desenvolvimento da prisão e dos procedimentos processuais penais, a importância da prova para a validade das denúncias outrora realizadas ganha vultosa importância, contudo, não afeta de modo igual todas as pessoas e crimes praticados.

Todavia, será com o advento das Ordenações Filipinas (1603) que se fará verdadeira inovação na aplicabilidade do instituto da prova. Referida mudança passa a demandar que independente da gravidade do crime cometido é necessário a apresentação de provas ou qualquer meio idôneo capaz de certificar a existência do fato e da autoria devidamente denunciados. Assim as querelas, “para obrigarem a prisão, dependiam do sumário conhecimento de três ou quatro testemunhas” (CRUZ, 2011, p.20).

No mesmo passo, a Lei da Reforma da Justiça (1612), manteve a necessidade de apresentação de prova para justificar a prisão preventiva. Conforme ressalta Cruz (2011, p.19), “por direito antigo ninguém podia ser preso antes da culpa formada do delito; e era tal a observância que, ainda que depois da prisão sobrevenha prova do delito, não pode o preso ser retido e há de ser restituído à sua liberdade”.

Durante a existência da prisão no período que contorna a Idade Média,

poderá se observar que sua vigência contém características de cautela, ou seja, era necessário manter o culpado sob a égide e poder do soberano que posteriormente remeteria o caso aos juízes ou realizaria o próprio julgamento.

Nesse período, a prisão era utilizada sempre de maneira cautelar, ou seja, para manter a guarda do culpado, entretanto ela sempre seria feita após a constatação da conduta considerada delituosa ou constatada uma heresia, assim sendo, conclui-se que a prisão em flagrante estrutura seus primeiros contornos.

1.1.4 – A era moderna e as influências pretéritas.

Com o advento de ideias Iluministas que desafiam o controle social, o povo vê surgir novos rumos, bem como se concretizam novas ideologias voltadas à caracterização tanto da prisão quanto da aplicação das penalidades que ganham um viés de acepção humanista e teve entre seus principais percussores, grandes nomes, como, Voltaire, Montesquieu e Rousseau.

A *posteriori*, no século XVIII, principalmente na França, novas ideias e ideais tomam volume e corporifica a formulação dos princípios de igualdade, liberdade e fraternidade, discurso sob o qual a burguesia com seus pensamentos progressistas inflamam diversas lutas e, de modo peremptório, eclode a Revolução Francesa.

Ante a queda do Absolutismo e o enfraquecimento da Igreja, a burguesia inicia uma nova era na consagração dos direitos sociais e fundamentais, quando em 1789 tem vigência o primeiro postulado de defesa e consagração da pessoa humana: a declaração dos direitos do homem e do cidadão.

Sobrevindo novos postulados ideológicos, há diversos pensadores cujo anseio e desejo por reformas sociais torna-os lutadores, tanto na busca pela mudança das penas quanto pela igual “reforma do sistema punitivo” (BITENCOURT, 2012, p. 52). Dentre eles, podemos citar o aclamado Cesare Beccaria (2011, p.101), que expunha em sua célebre obra o primado de que “é melhor prevenir o crime do que castigá-lo”.

Dentre os pensadores em questão, ainda pode ser incluído Jonh Howard, que lutava pela humanização das prisões e a inserção de ideais religiosos quando da aplicação da pena, como forma de moralizar e instruir o indivíduo no caminho do bem.

Igualmente, há Jeremy Bentham, que defendia a postura de que a prisão era meio de prevenção da prática de delitos semelhantes, portanto, era preciso um presídio bem estruturado, fato que ele aborda em sua obra, panóptico, na qual o autor aponta justamente um modelo ideal dessa instituição.

[...] passou-se a admitir que a prisão cautelar tinha finalidades voltadas à salvaguarda da justiça (para impedir a fuga do acusado), da verdade (para impedir que se percam ou se danifiquem as provas) e da defesa pública (para impedir que certos acusados continuem seus ataques ao direito alheio) (CRUZ, 2011, p.21).

Inúmeros questionamentos e doutrinadores acabam por cuidar da reforma do sistema penalista outrora desumano. Assim, esse sistema passa a ser observado por intermédio de um posicionamento mais humano no desenvolvimento da atividade policial ou processual.

Nesse espeque, a nova mentalidade e aplicabilidade social clama por mudanças sistêmicas e estruturais. Para tanto, haverá a promulgação e vigência da nova codificação penalista que tratará da parte material, ou seja, cuida de regular os atos que vão ser considerados crimes e, portanto, passíveis de punição; enquanto, caberá ao processo penal, regulamentar o modo como será realizada toda a persecução penal até a sentença final e o cumprimento da pena.

Percebe-se que as novas ideologias da pena passam a ter o viés de reestruturar o preso até que ele possa ser reinserido na sociedade. Contrapartida à pena, podemos determinar que essa separação entre a penalidade e o processo penal ganhou contornos e vigência somente após o advento da era moderna. À vista disso, por meio da codificação e da organização social em estruturas controladas pelo Estado a segurança pública passa a ser feita por meio das polícias, assim, esse se torna o principal órgão de auxílio na repressão e prevenção da criminalidade.

Ao mesmo tempo, o governo cria a sistemática do *jus puniendi* tomando para si a obrigação de punir e controlar a punição, por conseguinte, cabe ao ente superior dizer o direito. Nesse momento, a prisão em flagrante ganha seus vieses mais objetivos e práticos, de cautela e manutenção, seja para evitar a fuga do indiciado, seja para poder proceder à colheita de provas.

Entretanto, há um ponto a se manter em mente que será alvo de confrontos no transcorrer deste trabalho: a subsunção do fato/ato praticado (direito penal) e o *modus operandi* dos agentes de polícia (processo penal) à norma, guarda

relação de dependência com as determinações materiais exaradas no Código Penal, contudo, a falta de mutabilidade legal aliada à vigência de novas modalidades criminosas impede a atuação formal do agente policial (sentido amplo), dificultando, sobremaneira, o seu trabalho enquanto propagador da ordem.

Referida problemática acaba se despontando conforme a sociedade evolui e se desenvolve. No mesmo sentido a evolução e desenvolvimento das raízes instituidoras e propagadoras da prisão constroem na sociedade a imprescindibilidade deste mecanismo, porquanto ele protege e regula a vida em sociedade. Ninguém quer ser privado de suas posses ou ser prejudicado nos seus ganhos por terceiros que violam suas posses. O ser humano é levado a considerar a prisão como o único recurso necessário para salvaguarda de suas posses.

Mesmo com o humanismo do pensamento moderno que passa a ver a necessidade e importância sociológica, tanto da pena como da reclusão nos presídios, nunca houve uma total compreensão social de que esse mecanismo tornaria a pessoa melhor, apenas se fortaleceu o sentimento popular propício para identifica a prisão como a única capaz de atender às expectativas punitivas, frente a qual o recluso era abandonado. Por esse fato, desde os primórdios que a prisão advém como uma mácula social que segrega *ad eternum* quem vem a sofrê-la (CRUZ, 2011, p.25).

Após esse período que intentou condicionar a prisão enquanto mecanismo de reestruturação social, retirando dela seu viés de resguardar para posterior penalidade corporal, inúmeros países reestruturaram suas normas tanto penais quanto processuais.

Interessante demonstrar que Portugal foi um dos Estados que alterou o seu sistema processual penal com a vigência do Decreto-Lei nº78/87, publicado no diário da República em 17 de fevereiro de 1987, o qual ainda está vigente. Este diploma, em sua estrutura sistemática, acabou por comportar a prisão em flagrante no capítulo III do seu título I, onde trata acerca “da detenção” (PORTUGAL, 2019).

1.2 – A PRISÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO COM AS CONSTITUIÇÕES VIGENTES.

Nesse segundo momento, após explorar a prisão e o seu desenvolvimento político e social no continente europeu, é preciso perquirir e

compreender a evolução e a criação do nosso objeto de estudo no Estado Brasileiro.

A estrutura da prisão no Ordenamento Jurídico Brasileiro passará a ter início com a chegada dos portugueses, em meados de 1500. Posteriormente, o país será regido pelas Ordenações Portuguesas, até a sua Independência. Constatada a Independência Brasileira será analisada a influência e o confronto entre os direitos constitucionais e a prisão em flagrante.

Por fim, vamos buscar entender a vigência do Código de Processo Penal de 1941 e o contexto de sua aplicação para em sequência confrontá-lo com a Constituição Federal de 1988 e os direitos sociais e fundamentais que lá se encontram consagrados, com a finalidade de construir uma horizontalidade harmônica entre liberdade e prisão provisória.

1.2.1 – A instituição da prisão antes do Código Processual Penal de 1941.

Importante ressaltar que o presente trabalho objetiva tratar sobre a evolução e as mudanças da prisão no aspecto geral, sem abordar institutos específicos da finalidade da pena. O fundamento primordial é compreender a diferença entre a prisão-cautela, quando necessária e autorizada por lei, da prisão-pena, aplicada apenas para efetivo cumprimento da penalidade após sentença judicial.

O Estado Brasileiro passou a se estruturar a partir do momento em que os portugueses ingressaram em território desconhecido, fértil e encontraram um povo social e antropologicamente diversificado. Contudo, os indígenas ainda viviam em organizações tribais, não se vislumbrava há época um organismo denominado Estado.

Destarte, em princípio, não havia a necessidade de organização social e política do povo aqui encontrado, não havia o intuito de povoar. Entretanto, com a continuidade da colonização pelo uso do solo que foi precedida pela posterior divisão das terras brasileiras em capitanias hereditárias, juntamente com a chegada da Família Real, houve a necessidade de instituir uma legislação que cuidasse do governo e da administração social.

Prontamente, em virtude de ser colônia de Portugal, o Brasil, foi regido pelas Ordenações Portuguesas. Vale ressaltar que houve vigência apenas das duas últimas: as Manuelinas e as Afonsinas; portanto, as penas e prisões em nada

divergiam do método utilizado no território português, tanto as penas cruéis e degradantes, como o uso da prisão apenas para posterior julgamento, ou seja, a prisão não era uma espécie de execução da pena.

Um dos fatores de importância ímpar instituído em virtude das Ordenações Manuelinas que acabou gerando posteriores reflexos no que concerne à colheita de provas para a formação de culpa do acusado foi o instituto das querelas, que consagrava a necessidade de um sumário de culpa. Esse foi um dos fatores que passou a demonstrar a importância e finalidade da prova para que, *a posteriori*, a pessoa pudesse ser investigada.

Não obstante, esse instituto tinha maior aplicabilidade prática durante ou logo após determinado fato, de modo que a pessoa somente poderia ser presa ou mantida encarcerada, caso houvesse um mínimo (sumário) de itens colidentes a comprovar sua culpa (CRUZ, 2011).

Ainda em conformidade com o autor supramencionado, na Europa, após o advento da Revolução Francesa e com o fim do Absolutismo, nasce uma nova era de direitos, exsurge como primordial o Estado de Direito. Espera-se que esse novo ideal oportunize a formação de um Estado garantidor da efetiva liberdade, tanto para que os indivíduos possam reger suas obrigações, como para extrair os grilhões opressores.

Todavia, o continente brasileiro ainda era apenas uma extensão do território português. Dessa forma, não havia um governo ou poderes próprios para que ele pudesse consolidar as estruturas da sociedade que pouco a pouco se formava e expandia.

Diante dos reclames populares por maior liberdade que se difundiam na sociedade brasileira, em 15 (quinze) de outubro de 1822, houve, enfim, a Proclamação da República, fato que consolidou e formalizou a independência frente ao governo português permitindo, enfim, a promulgação de sua primeira Constituição do Império, em 1824.

Uma era de mudanças tomou rumo na sociedade brasileira, pois a nova Constituição exigia mudanças legislativas voltadas aos princípios de um Estado de Direito. Prontamente, em virtude de uma possível crise política, no dia 16 de dezembro de 1830, houve a sanção do primeiro Código Penal Brasileiro que primava por maior respeito à integridade humana.

Importante salientar que nessa época houve a separação da codificação

penal e processual penal de modo que cada instituto passou a ser regido em um ordenamento próprio, com regras e características próprias.

Nesses termos, segundo visão do doutrinador Rogério Machado Cruz, outrora ministro do Superior Tribunal de Justiça, que em obra de 2011, destacava que, àquela época, do império, havia, segundo o príncipe regente, diversos abusos de autoridade por parte de juízes criminais, por conta disso em 1824, com a Constituição do império, havia nesta o artigo 179, *verbis*:

VIII. Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, attenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as.

IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto.

X. À excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Pelo que se nota da legislação imperial, ninguém poderia ser preso “sem culpa formada”, e, mesmo com culpa formada³, ninguém poderia ser conduzido à prisão, ou nela ser conservado, se prestasse fiança idônea, nos casos que a Lei permitia. De igual modo, a legislação já apontava requisitos necessários para que a prisão fosse manifestamente válida⁴.

A Lei ainda permitia a liberdade sem fiança se o crime não fosse punido

³ No Código Processual Penal do Império a “formação da culpa” seguia adstrita no Capítulo IV. Em seus artigos percebe-se a exigência da realização de provas diretas (perícia, exame do corpo de delito) e de provas indiretas (testemunhas), todavia já se vislumbra a existência da prisão antes mesmo da apresentação ao juiz e da possibilidade de liberdade mediante pagamento de fiança (art. 142). Nesses termos, após proceder com a devida denúncia ou queixa se inscrevia o nome do delinquente em livro correspondente e posteriormente se tomava as medidas necessárias para sua prisão (art. 147).

⁴ Segundo o Código Processual Penal do Império para que a prisão fosse legitima era preciso o cumprimento aos seguintes requisitos estipulado no artigo 176, quase sejam, “§ 1º Que seja dada par autoridade competente; § 2º Que seja escripta por Escrivão, assignada pelo Juiz, ou Presidente do Tribunal, que a emittir; § 3º Que designe, a pessoa, que deve ser presa, pelo seu nome, ou pelos signaes caracteristicos, que a façam conhecida ao Official, § 4º Que declare o crime, § 5º Que seja dirigida ao Official de Justiça”.

com pena superior a 6 (seis) meses. No mesmo sentido, permitia a prisão quando não havia culpa formada, nos casos de prisão em flagrante delito, ou quando havia indiciamento por crimes aos quais não coubesse fiança (art. 175⁵).

Ainda na lição do autor supracitado, a “formação da culpa” era regulada pelos artigos 134 e seguintes do Código de Processo Criminal de Primeira Instância (Código Imperial, de 1832). Seu procedimento tinha como objetivo a formação da convicção do Juiz, portanto, após o oferecimento da denúncia ou queixa, caso não houvesse um conjunto fático probatório suficiente para validar o cárcere, aquele suposto autor do crime se quedaria em liberdade (CRUZ, 2011). Logo, se primava pela primazia da realidade, ou seja, ninguém seria privado de sua liberdade a menos que fosse estritamente necessário.

Durante a vigência do Código Processual Imperial, houve a criação, além dos juízes de direito, do juiz de paz que funcionava em auxílio ao ordenamento jurídico, sempre cuidando da organização dos processos, bem como das partes.

Dentre suas atribuições, legalmente estipuladas, poderia conceder liberdade, buscar provas frente determinadas acusação, poderia realizar interrogatórios que entendesse necessários, nomear pessoas para fazer exame de corpo de delito, realizar pedido de citações no correr do procedimento, dentre outros atos necessários à construção da realidade fática.

Àquela época, é importante ressaltar a distinção na aplicação das leis penais e as demais para as pessoas da sociedade, pois as leis penais afetavam toda e qualquer pessoa, até mesmo os escravos, livres ou não. Isso se deve ao fato de que para a lei penal eles eram considerados como pessoas e, portanto, passíveis de punição.

Por outro lado, não se submetiam ao alvedrio do Estado quanto às questões cíveis, nesses casos eram tratados como “coisas” e estavam sob a égide de seu senhor. Entretanto, suas penas estavam sempre ligadas ao fator sofrimento, portanto, eram castigados, penas que se igualavam àquelas utilizadas pelos Tribunais de Inquisição.

Nesse sentido, mesmo com a mudança e com o viés libertário da nova legislação constitucional, o Estado Brasileiro não possuía os abrigos prisionais para

⁵ Art. 175. Poderão também ser presos sem culpa formada os que forem indiciados em crimes, em que não tem lugar a fiança; porém nestes, e em todos os mais casos, á excepção dos de flagrante delicto, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escripta da autoridade legitima.

manter os condenados, portanto, em seus primórdios as penas rígidas e degradantes não foram plenamente extirpadas, ao contrário, houve a manutenção da pena de trabalhos forçados, quase sempre aplicadas aos escravos.

No transcorrer dos anos, a legislação penal foi alterada com a vigência de um Código Criminal da República, no ano 1890; posteriormente, foi precedido pela consolidação de leis extravagantes que originou o Decreto lei nº 22.213, do ano de 1932, por fim, houve a promulgação do então vigente Código Penal de 1941 que ao longo dos anos foi alterado por diversas vezes para se adequar à nova realidade social.

Todavia, uma vez que nosso objeto de estudo não se concentra com primazia no Código Penal, é importante apenas a consideração de que ele nunca foi alterado em sua integralidade, apenas sofreu micro reformas, e em um ou outro capítulo, ou artigos, dessa forma, no atual momento é o Código Penal de 1940, o ainda vigente.

Contrapartida, antes de abordar a criação e evolução do Código de Processo Penal, é importante apontar o fato de a legislação processual penal também nunca ter sofrido uma mudança profunda e significativa em sua estrutura e composição, quanto menos em suas raízes ideológicas que ainda contém traço e caráter voltados ao cunho fascista, pois, a legislação italiana de 1941 foi uma das grandes influenciadoras do nosso Código Processual Penal ainda vigente.

Aliás, acerca do tema, leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p.5):

A perspectiva histórica que mais nos interessa, exatamente porque até hoje ainda nos alcança, situa-se em meados do século passado, mais precisamente no ano de 1941, com a vigência do nosso, ainda atual (quanto à vigência!), Código Processual Penal. Inspirado pela legislação processual penal italiana produzida na década de 30, do século passado, em pleno regime fascista, o nosso CPP foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem.

De maneira histórica o Código de Processo Penal teve algumas alterações mais substanciais, sendo a primeira delas por meio da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, cujo fundamento principal foi determinar a autonomia e aumento dos poderes para a polícia, todavia, acabou por criar inúmeras confusões entre os cargos e as funções a ele atribuídas.

Referida mudança permitiu que os cargos judiciais e policiais muitas vezes acabassem concentrados em uma única pessoa, fato que acabou permitindo

a arbitrariedade e controle do poder, pois uma única pessoa⁶ poderia investigar, pronunciar, prender e acusar determinada pessoa (CRUZ, 2011).

Contrapartida e no intuito de separar a competência cabível a cada órgão componente do ordenamento jurídico e policial, houve a aprovação e vigência da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871 que acabou restringindo a atuação dos cargos (policiais e judiciários) que se concentravam em uma única pessoa.

Ademais, como bem assevera Rogério Cruz (2011, p. 45) “maior novidade, todavia, da reforma legislativa de 1871, foi a criação do Inquérito Policial por meio do Decreto nº 4.824/1871 (que regulamentou a Lei nº 2.033/1871), instituindo-se uma rotina que, passados mais de 140 anos, é quase idêntica à que atualmente orienta a atividade investigatória policial”⁷.

Em seguida, a única grande mudança substancial adveio com a aprovação e vigência do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. O mesmo Código de Processo Penal vigente no momento em que este trabalho está sendo construído, ainda que diversamente modificado.

Ao comparar o Código de Processo Penal com as Constituições da época e o instituto da prisão, apenas se percebe poucas mudanças significativas do que foi consagrado desde a primeira constituição brasileira. As Constituições de 1891, de 1934 e de 1937 exerceram influência à proporção que criaram as medidas alternativas à prisão, bem como o modo de realização do inquérito policial.

Logo, para sua época, o Código de Processo Penal consubstanciava os princípios de maior primazia da liberdade e cuidado com a integridade dos presos, todavia, as penitenciárias não foram bem sucedidas em sua finalidade; contrapartida, o instituto da prisão foi perfeitamente instituído e ganhou vigência como um mecanismo de aplicação a ser feito apenas quando necessários e em adequação à legalidade.

1.2.2 – A prisão em flagrante e a nova acepção do Direito à Liberdade.

⁶ Art. 1º Haverá no Município da Côrte, e em cada Província um Chefe de Polícia, com os Delegados e Subdelegados necessários, os quaes, sobre proposta, serão nomeados pelo Imperador, ou pelos Presidentes. Todas as Autoridades Policiais são subordinadas ao Chefe da Polícia. Art. 2º Os Chefes de Polícia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amovíveis, e obrigados a acceitar. Art. 3º Os Chefes de Polícia, além do ordenado que lhes competir como Desembargadores ou Juizes de Direito, poderão ter uma gratificação proporcional ao trabalho, ainda quando não accumulem o exercicio de um e outro cargo.

⁷ Importante ressaltar a título de informação que está em tramitação o Projeto de Lei 8.045/2010 e apensos cujo objetivo é reformar o atual Código de Processo Penal Brasileiro.

Ultrapassada a vigência da legislação processual que tratava sobre a prisão, houve a consagração e vigência da Constituição de 1946. Enquanto legislação promulgada em um período pós-Segunda Guerra Mundial e frente maior preocupação com a dignidade da pessoa humana, a prisão se tornou a *ultima ratio* de todo e qualquer processo.

Em seu próprio corpo legislativo, no §20 do artigo 141, a Constituição declarava que a prisão somente seria efetivada quando realizada em flagrante delito ou quando ela fosse determinada por autoridade devidamente competente e dentro das hipóteses e permissões que conspurcasse sua legitimidade.

Contrário ao novo progresso da sociedade, em 1964, houve a subida e a gestão do poder pelos militares, ato efetivado com o Golpe Militar (para alguns a Revolução). Frente está sujeição da organização social, econômica e legislativa pelos militares, instalou-se um período de opressão e controle por intermédio do medo e do terror em retaliação a toda e quaisquer liberdades individuais.

A consagração do poderio e controle militar foram instituídos com a vigência da Constituição de 1967. Nesse momento, a prisão, as torturas e o tratamento desumano e degradante se tornaram regras. O foco era conter e reprimir todo e qualquer pensamento, ideologia ou movimento social contrário ao controle e ao governo do Estado totalitário militar.

O instituto da prisão deixa de estar em conformidade com as determinações legais e se torna o centro de todo e qualquer ato de repressão. A prisão volta a ser utilizada como primordial meio e modo de oprimir, excluir e punir; o respeito à liberdade e à integridade física são desprezados, o uso da tortura nas prisões é regra; ou seja: um retrocesso aos períodos inquisitoriais.

Os organismos midiáticos, os livros e qualquer notícia que fosse contra o regime acabava sendo oprimida ou destruída. Não se permitia a liberdade de expressão ou de comunhão, era proibido o agrupamento de pessoas por qualquer motivo que fosse; todos os preceitos de igualdade e liberdade eram diariamente deturpados, escrachados e avacalhados.

As condições mínimas da dignidade do ser humano não eram preservadas, sequer observadas.

Inúmeras violações às condições mínimas da dignidade da pessoa humana se mostraram existentes naquele período; violações das mais diversas

espéitoses, como o Direito à vida, à integridade física, à liberdade, à imagem, à propriedade, dentre outros. Deveras, foi árduo o caminho, longa a jornada e indispensável o tempo para que houvesse a transformação das instituições políticas e concepções jurídicas que atualmente estruturam a sociedade brasileira.

Com efeito, as contínuas e incessantes lutas populares pela liberdade e pela igualdade, frente o advento do Estado Democrático de Direito, especialmente no início da década de 80, promoveram o início da abertura política, e já no de 1985 o rompimento com o regime ditatorial, findando, como consequência, o período de Governo Militar e colocando um fim ao totalitarismo na sociedade brasileira. Igualmente, há a consagração e primazia da liberdade e de inúmeros outros Direitos Humanos mínimos, via a Constituição Federal de 1988.

Com a promulgação e vigência da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, há a busca por maior efetividade no cuidado na proteção para com a pessoa humana; impera a dignidade humana frente todo o ordenamento jurídico. Novamente a prisão volta a ser instituída apenas quando efetivamente necessária, devidamente fundamentada, e prevista de maneira expressa; reforçando, ainda mais, a liberdade, e a erigindo como um direito essencial, ínsito a qualquer ser humano.

Como bem ressaltado, referida Constituição consagra a vigência dos Direitos Humanos, aqueles que, segundo Alexandre de Moraes (2002, p.19) “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.

Inserido no artigo 5º da Carta Magna de 1988, bem como, também difuso em outros dispositivos do mesmo corpo legalista, os Direitos Fundamentais, também denominados como Direitos Humanos, Direitos do Homem, Direitos Subjetivos Públicos, Direitos Individuais, Liberdades Fundamentais e Liberdades Públicas, ganharam vida frente a crescente necessidade de proteger o indivíduo contra o imperativo Poder Estatal, pois este era ilimitado, exacerbado e autoritário.

Com efeito, para o então ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes (2002), as limitações do poder estatal sobre o Direito à liberdade do ser humano é uma das maiores conquistas do Direito Constitucional. Contrapartida, essa liberdade não pode ser ilimitada ao ponto de o indivíduo poder livremente interferir na esfera particular de *outrem* lhe ocasionando danos

patrimoniais e morais.

Em consequência, ainda que tivesse como primordial a liberdade, a *mens legis* não deixou ao alvedrio e abandono a proteção da ordem jurídica, econômica, social e política da sociedade brasileira. Portanto, a prisão voltou a ser instituída desde que realizada dentro das possibilidades estritamente previstas na legislação pertinente, penal e processual.

Com efeito, referida constrição sagrou-se, constitucionalmente, medida excepcional, constituindo, mesmo quando autorizada e devidamente fundamentada, a última opção legislativa para a repressão e prevenção dos delitos.

Somente quando os demais ramos do Direito estiverem esgotados e após terem se tornados inúteis no combate à determinada ação ou omissão humana descrita como penalmente relevante.

Para tanto, o artigo 5º, inciso LXI, da Constituição Federal estipula o preceito de que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente”.

Ainda em atenção aos dizeres de Alexandre de Moraes (2002, p.22) pode-se depreender o fato de que “o direito à liberdade engloba fundamentalmente os seguintes subdireitos: a) direito de não ser detido ou preso pelas autoridades públicas, salvo nos casos e termos previstos neste art. 27 da Constituição Portuguesa; b) direito de não ser aprisionado ou fisicamente impedido ou constrangido por parte de outrem; C) direito à protecção do Estado contra os atentados de outrem à própria liberdade”.

Do exposto, extrai-se que, sob a égide da atual Constituição Federal, a regra é a liberdade, tendo, para tanto, diversos dispositivos ali previstos que tutelam esse corolário em primazia ao atual Estado Democrático de Direito. De outro giro, as restrições de liberdade são medidas excepcionais e taxativas.

A prisão é a privação da liberdade de locomoção, é a restrição do direito de ir e vir da pessoa humana; é limitar sua liberdade de locomoção, seja por motivo lícito mediante a realização de determinado ato que possibilite essa restrição ou por ordem legal de autoridade devidamente competente.

Antes de ingressar na essência do tema citado, mister se faz estabelecer um conceito do que efetivamente é a Liberdade, principalmente, sob o enfoque jurídico do termo. Certo é que a expressão possui inúmeros significados e sentidos; tolhe-se como tradicional o conceito constitucionalista negativista, qual seja: a não

sujeição da pessoa física aos abusos cometidos pelo Estado ou pelos seus agentes.

Deveras, pode se afirmar, de forma objetiva, que o Direito a liberdade pessoal se traduz, substancialmente, como o direito de locomoção conferido a qualquer indivíduo de circular livremente em seu território sem a ingerência do Estado (sentido amplo), desde que não violando direitos alheios ou contrariando normas de Ordem Pública (sentido estrito).

Prontamente, os órgãos jurisdicionais compreendem que a integridade da pessoa humana é primordial para a garantia da vida em uma sociedade, logo, a liberdade acaba por adquirir vigor de relativização justificada quando em confronto com determinadas ações consideradas ilícitas. Cabe ao Estado, por intermédio de seus órgãos de segurança pública cuidar e garantir a liberdade em igualdade de condições para todos.

No entendimento do eminente doutrinador Guilherme Nucci (2008) ao tratar sobre a prisão destaca se o fato de que ela “é a privação da liberdade, tolhendo-se o direito de ir e vir, através do recolhimento da pessoa humana ao cárcere [...]”. Logo, o objeto do presente estudo demonstra um caráter amplo. Todavia, essa amplitude está dentro do fato de que a prisão significa a restrição da liberdade, do direito de ir e vir.

Assim, o cárcere pode significar a pena privativa de liberdade, o ato de captura e a custódia, de modo que o tipo será diverso a depender do momento e da fase procedimental em que ele será realizado, logo, é preciso que essa restrição tenha amparos legais, tanto na Constituição, nos Códigos Processuais Penais e Códigos Penais, quanto nas normas internas de cada ente federativo, para que sua concretização seja efetivamente válida e eficaz.

Ademais, isso se deve ao fato de que a Administração Pública, por meio dos seus órgãos de Segurança Pública, somente pode realizar aquilo que a lei lhe permite, portanto, agir fora das normas componentes e presentes em um ordenamento jurídico é realizar um ato *contra legem* e ilegal, além da possibilidade de sofrer possíveis sanções.

Em suma, na sociedade brasileira, a prisão se desenvolveu ao longo dos anos e diariamente deturpava a integridade da pessoa humana que se via controlada pelas arbitrariedades do Estado, além de estar fadada a sofrer penas corporais e degradantes. Posteriormente, como afirmado, sobreveio o Código de Processo Penal, de 1941, todavia, o verdadeiro respeito à pessoa humana que

alterou a norma processual apenas teve materialidade após a vigência da Carta Magna, de 1988.

Entretanto, ainda com a nova legislação pátria que primava pela liberdade e pela proteção da dignidade da pessoa humana a prisão ganhou seu espaço e sua necessária continuidade para assegurar a observância e o respeito à integridade dos direitos (em sua ampla acepção) de todas as pessoas.

Destarte, o instituto da prisão finalmente ganha o seu viés de prisão-pena e de prisão-cautela que dependerá do momento em que sua concretização vier a se materializar, assim tornou-se inconteste o desenvolvimento deste instituto, bem como o seu uso de modo restrito e excepcionalíssimo.

Jamais se deve olvidar e deixar de prevalecer em um Estado Democrático de Direito que a regra é a Liberdade!

Entretanto, como bem ressalva Kellner (2001), a sociedade, em conjunto com o desenvolvimento da mídia, acaba diretamente influenciada ante o requerimento e exigência das políticas públicas de segurança e muitas vezes difundem ideias errôneas sobre os institutos processuais.

No mesmo sentido, referida pressão acaba resvalando diretamente na vigência e delimitação da prisão realizada na modalidade flagrante. Assim, vale mencionar que há diversas esferas que gravitam em torno dos procedimentos processuais e inquisitoriais que geram um reflexo direto no desenvolvimento da própria política criminal que finaliza de mãos atadas e sofre pressões de todos os lados a que se avizinha: seja da população, da mídia, seja da falta de fundamento material (direito penal), seja em razão dos exíguos prazos para realização das atividades processuais ou para a colheita de provas, dentre outros.

Portanto, é o clamor social sedimentado e cultivado pela ordem midiática um fator ímpar. A comunicação de massa torna a construção e a busca por provas materiais que comprovem a conduta de determinado ato algo cinematográfico. Tanto por já apontar determinado indiciado como culpado, mesmo sem nenhuma declaração oficial, quanto por cultivar o anseio do clamor social pela imposição de uma resposta rápida e automática de que o culpado está “pagando na mesma moeda” pelo ato que ele praticou.

Como grande *influencer* de opiniões, a mídia decide o que será considerado verdade pela sociedade, todavia, essa ação deturpa a realidade dos fatos sem explicar o que realmente acontece ou como deve se realizar. Pois,

corroborar uma ordem estrutural e classista que não deveria ser obstáculo a nenhuma condição ou ação no seio social.

Ante o posicionamento do autor, Aury Lopes Júnior (2017, p. 42), ao tratar sobre uma sociedade construída sob a ótica da “ordem”, percebe-se seu intuito em demonstrar e confrontar o fato da mente social brasileira estar fadada ante a crença de que cada pessoa detém o seu lugar de colocação na sociedade, não devendo dele se desviar ou retirar:

O exemplo é interessante e bastante ilustrativo, principalmente em um país como o nosso, em que vira notícia no *Jornal Nacional* o fato de um grupo de moradores da comunidade ter “descido o morro” e “invadido” um *shopping center* no Rio de Janeiro. Ou seja, enquanto estiverem no seu devido lugar, as coisas estão em ordem. Mas, ao descerem o morro e invadirem o espaço da burguesia, está posta a (nojenta) omelete no travesseiro. Está feita a desordem, a *quebra da organização do ambiente*.

Em confluência destes pensamentos, apõem-se, uma vez que a sociedade apenas toma conhecimento dos fatos por intermédios dos mecanismos de mídia das massas, a crença no seu posicionamento como a única verdade.

Todavia, a “verdade” da mídia se reveste, não raro, em falácias, pois ao expor e explanar acerca das minúcias ou possibilidade jurídicas que envolvem determinado caso, acaba por gerar uma insujeição que cria na sociedade o clamor social por justiça acima de todo e qualquer outro valor; consubstancia um retorno ao período retributivo.

Diante desse contexto, a prisão em flagrante ganha contornos de ser uma efetiva penalidade, ou seja, não se compreende os motivos da pena enquanto reestruturação do preso, bem como, não se compreende a diferença entre penalidade e cautela, não se sabe o que são medidas cautelares diversas da prisão. Nada se sabe de nada, contudo, em sentido diametralmente oposto, as exigências por maior repressão crescem e se avolumam.

É o que Alice Bianchini (2000) denomina de política criminal paleorepressiva. Historicamente, o Brasil é pródigo na adoção dessa política, máxime como meio de dar resposta à mídia (parcial e atécnica), bem como para a população, que é quem mais sente os efeitos da ausência de uma efetiva política de segurança pública.

De sorte que basta a constatação (ainda que pela imprensa, pasmem!), pois o Brasil deixa-se guiar em demasia por esta, ainda que sem nenhum critério

científico, para que determinada conduta típica praticada de forma reiterada, ainda que com o aumento estatístico previsível, que já há apelo ao Parlamento, para o imediato recrudescimento das penas daquele crime. E, se após a sua imediata aplicação, a medida já fosse o suficiente para tolher aquela reprovável. Todavia, já se constatou que os efeitos pretendidos não são alcançados.

Sem deixar de ressaltar o fato de que a prisão na sociedade contemporânea é local em que a pessoa é ignorada em sua dignidade, aquela preconizada pela Carta Republicana de 88. Primeiro, por deixar de ter um tratamento adequado que resguarde suas faculdades mentais e psíquicas, pois o Estado não cuida para que a pena seja aplicada em conformidade com a sua finalidade de reestruturação social da pessoa humana, nem impõe atividades que estimulem a mudança social; segundo, pelo fato de a pessoa ser abandonada à própria sorte dentro do sistema prisional, local onde ela vai ser atacada, vilipendiada, podendo, inclusive, sofrer maus-tratos, abusos físicos e mentais.

Ademais acabará construindo e fortalecendo seu anseio por vingança, destruição, roubos, morte, melancolia, ódio, rancor e angústia (SILVA, 2014).

Consequentemente, em derradeiro, a pessoa perderá o seu lado humano, perdendo totalmente a possibilidade de reabilitação social; sua ânsia é apenas pela prática de novos crimes, sua vontade é se rebelar contra o mundo e a sociedade.

Nessa questão os órgãos policiais e de segurança pública, bem como os acusadores, encontram-se em uma celeuma, cujo intuito é dar respostas rápidas para que a sociedade se sinta satisfeita e devidamente “vingada”, fatos que muitas vezes prejudicam um trabalho que precisa ser realizado de modo acurado e cuidadoso, e que demanda cautela para a colheita adequada e correta das provas.

São fatores que muitas vezes acabam tornando a prisão-cautelar como algo necessário e constante, um fator que pode gerar mais prejuízos do que benefícios, pois, nas palavras de Rogério Cruz (2011, p.19):

Se é difícil oferecer à população uma resposta rápida para os desvios criminais, de modo a que se tenha uma mínima sensação de segurança e de credibilidade nas instituições, a mensagem que grassa é: "prendam-se cautelarmente os suspeitos, ainda que por alguns dias:" Desse modo, o recolhimento cautelar do suspeito a uma cela de delegacia ou de um presídio significa, para a grande massa da população, que: 1º) o suspeito é o responsável pelo crime; 2º) ele está sendo punido; 3º) a comunidade está mais segura.

Não sem embargos, por tantas vezes, o Judiciário, o Ministério Público e a própria Polícia Judiciária enfrentam dificuldades e obstáculos diante do regramento definido pelo Código de Processo Penal, sendo um dos objetivos do presente trabalho apontar a incidência, na prática, do regramento em questão, e ainda das dificuldades encontradas, especificamente pelos agentes da Polícia Judiciária, ante a necessária análise e lavratura do Auto de Prisão em Flagrante no dia a dia.

1.3 – A SEGURANÇA PÚBLICA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Todo ente da União possui sua própria autonomia e competência para organizar e governar sua economia, política, segurança e saúde, dentre outros, no entanto é preciso o respeito e a interpretação de suas competências com base nos dizeres e esteio Constitucionalmente estabelecidos.

Assim, em sequência, apresentar-se-á, de modo expositivo, o que é a segurança pública, bem como quais são os seus órgãos, além de apontar de modo objetivo e frente a interpretação da legislação qual a atuação e obrigação de cada órgão.

Para a Segurança Pública a Constituição do ano de 1988 reservou o seu capítulo III, apontando no *caput* do artigo 144 que essa é um dos deveres do Estado, sendo, portanto, um direito e responsabilidade de toda e qualquer pessoa, cuja finalidade é preservar a ordem pública, a incolumidade das pessoas, bem como proteger ou resguardar o patrimônio.

Logo após, aponta que a Segurança Pública será composta pelos seguintes órgãos, sendo eles assim determinados: Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis e Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares.

Organizado esse apontamento, passemos à esfera de competência para cada uma das polícias.

Primeiro, para as Polícias Federais foi reservada, no §1º do artigo 144 da CF, a obrigação de reprimir e prevenir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins (internacional); exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; exercer, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União e apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas

públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.

Em segundo, para as Polícias Rodoviárias Federais foi reservado, no §2º do artigo 144 da CF, a obrigação de realizar o patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

Em terceiro, para as Polícias Ferroviárias Federais foi reservado, no §3º do artigo 144 da CF, a obrigação de realizar e cuidar do patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

Quarto, para as Polícias Cíveis foi reservado, no §4º do artigo 144 da CF, as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares e aquelas reservadas à atuação federal.

Em quinto, para as Polícias Militares foi reservada, no §5º do artigo 144 da CF, a atuação enquanto polícia ostensiva que deve primar pela preservação da ordem pública; enquanto, aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

De modo a refinar o objetivo da presente pesquisa, nosso foco enquadrar-se-á sobre dois órgãos primordiais para a atuação policial nos Estados, sendo eles, a Polícia Militar e a Polícia Civil. Posto isso, ambos são estruturados de modo diverso e possuem competências diversas, ou seja, regra geral, um não poderia atuar e interferir no outro.

A *priori* pode-se apontar que a diferença essencial entre elas é que a Polícia Civil atua no exercício primordial da função de polícia judiciária daqueles crimes cometidos em âmbito civil, de forma repressiva e velada; enquanto a polícia militar atua no patrulhamento ostensivo, sempre para evitar a criminalidade em suas atuações, todavia a ela caberá, excepcionalmente, a investigação dos crimes militares.

Entretanto, tanto policiais militares quanto policiais civis (até mesmo qualquer cidadão) podem realizar a prisão em flagrante, sendo que posteriormente cada qual assumirá sua obrigação com base no crime investigado ser de ordem civil ou militar, isso se deve, como restará demonstrado, em razão do sujeito ativo que pode realizar o flagrante e pelo objetivo primordial reservado à segurança pública, qual seja, preservar a incolumidade da ordem pública, das pessoas e do patrimônio.

Outrossim, a própria Constituição reforça essa convivência e cooperação conjunta entre os órgãos da segurança pública, ao apontar em seu §7º do artigo 144

que “a lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades”.

CAPÍTULO II - ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS CONCERNENTES A PRISÃO EM FLAGRANTE.

Findo o primeiro capítulo, foi possível compreender o desenvolvimento do instituto da prisão ao longo do tempo, desse modo, a restrição da liberdade na sociedade contemporânea se tornou a *ultima ratio*, logo, os requisitos de validade e eficácia dependem da subsunção do fato praticado à norma. Assim, é preciso que em âmbito processual, o agente execute a prisão em conformidade com a legislação material (Código Penal e Legislações Penais Extravagantes) vigente.

Logo, é preciso que a legislação outrora vigente e eficaz em um momento totalmente diverso do presente, esteja em conformidade com a sociedade que ela busca arregimentar, bem como, concatenada com a nova ordem constitucional e seus princípios sedimentares.

A partir disso e do que foi outrora apresentado, o presente trabalho passará a buscar tratar a prisão sob dois momentos: a prática do ato que possibilite a sua realização e o *modus operandi* da autoridade policial que dará eficácia e cumprimento ao ato de restrição.

Para tanto, em sequência, neste segundo capítulo, será realizado um aprofundado estudo quanto ao instituto da prisão frente as diversas modalidades de flagrante, perpassando, para tanto, a sua natureza jurídica e seus aspectos legais, conceituais e estruturais. A abordagem será feita tendo como fonte a legislação, a doutrina e a visão dos Tribunais Superiores.

2.1 – ABORDANDO A DIFERENÇA ENTRE A PRISÃO PARA O CUMPRIMENTO DE PENA E A PRISÃO CAUTELAR.

Faz-se salutar tratar sobre a diferença existente entre a prisão-pena, com suas particularidades, e a prisão-cautelar. *A priori*, há uma delimitação nos dois termos com uma diferença significativa, qual seja, a modalidade pena e a modalidade cautelar, pois, o termo prisão, para ambos, concentra o mesmo sentido e conotação, ou seja, é restrição da liberdade. É a segregação de determinada pessoa que executou ou esteve em vias de executar determinado fato.

Desse modo, a prisão enquanto restrição da liberdade terá sempre a

finalidade e o objetivo de segregar aquela pessoa. Todavia, o modo como essa prisão vai se consubstanciar e a sua base legal dependerá exclusivamente do momento em que ele vier a ocorrer; primeiro, ela poderá ocorrer quando estipulado agente passivo estiver sendo devidamente punido por determinado fato outrora processado e julgado (pena) ou quando sua liberdade for restringida de modo cautelar sem o efetivo cumprimento de uma penalidade.

De partida, põe-se em confronto, a vigência ideológica do Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941. Isso pois, segundo assevera Romeu Pires de Campos Barros (1982) e, no mesmo sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira (2004), referida legislação concentra em sua matriz ideológica - nítida raiz de feição fascista -, outrora inspirada no Código de Processo Penal Italiano, portanto, uma vez que não houve adequação social ele trouxe consigo a consolidação da prisão em flagrante como um método de formação antecipada de culpa.

Apesar do entendimento de referidos doutrinadores, é possível compreender, atualmente, a importância desse instituto para a efetividade da segurança pública na sociedade brasileira. Na visão deste pesquisador, o intuito do flagrante, principalmente frente os princípios da Constituição de 1988, não é revestir a pessoa de “antecipada culpa”, ao contrário, é uma garantia na efetividade da busca pelas provas, documentos e outros itens necessários à persecução penal.

Ilustrando seu posicionamento crítico e contrário à efetividade desse instituto o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira (2004, p.1) aponta que:

Nesse tempo todo, a sociedade brasileira experimentou períodos de grande turbulência político-institucional, convivendo ora com regimes mais próximos do que se poderia chamar de abertura democrática, ora como regimes de extremo autoritarismo. A diversidade das apontadas realidades históricas pode ser identificada até mesmo nos instrumentos normativos antes mencionados. O Código de 1941 refletia uma mentalidade tipicamente policiaiscas, própria da época, enquanto a constituição de 1988 já respirava ares de maior participação popular, tendo em vista que a preocupação com a afirmação de direitos e garantias individuais mereceu até um capítulo específico nessa nova Carta.

Referido autor tece inúmeras críticas, nos levando a compreensão, e concordância, de que quanto a essa origem houve a deficiência de um estudo técnico, histórico-social e material acerca da inserção deste instituto na sociedade brasileira; igualmente quando em análise da sua perspectiva democrática exsurge a percepção de que ela acabou mostrando ser contrária aos corolários do Princípio

Dogmático.

Ademais, percebe-se a opção por uma legislação erigida e elaborada sob a égide de uma política criminal totalmente diversa daquela encontrada na sociedade em que seria aplicada. Esse fato acarretou, frente às situações sociológicas e em linhas criminológicas num regime político de anormalidade, como aquele vivenciado a época pelo País Europeu.

Portanto, seguindo a demonstração exposta no primeiro capítulo, o Estado Brasileiro foi regido por diversas Cartas Constitucionais que concentravam uma forte carga de conteúdo nitidamente autoritário, não havia uma efetiva ordem democrática.

Ante a permanência dessa instabilidade política reinante àquela época, e pela necessidade de controle, houve, como consequência, reflexos diretos em todos os diplomas legislativos que concentravam forte confronto com os direitos e garantias individuais.

Conforme os ensinamentos de Rogério Cruz (2011) não foi sem motivos que na época da ditadura militar, o Código de 1941 tratou toda e qualquer modalidade de prisão de forma rígida; havia um completo desrespeito para com as liberdades individuais, agravando-as, principalmente na modalidade flagrancial. Ainda nessa época, em conformidade com a legislação, passou a ser uso constante uma nova forma de prisão denominada: Prisão para Averiguação.

Logo, a prisão para averiguação consistia em uma modalidade de restrição da liberdade de todo e qualquer cidadão que fosse considerado “suspeito”. Ou seja, qualquer pessoa que estivesse ou transitasse em vias públicas, poderia ser abordada e levada para uma delegacia. No local, sua vida pregressa, seria devidamente pesquisada e averiguada para que os órgãos de segurança pública tivessem certeza não se tratar de um possível criminoso.

O instituto da prisão havia se tornado a regra geral, não se obedecia à sua finalidade de pena ou cautela; inexistia essa correta separação. Ela seria aplicada a toda e qualquer pessoa ainda que não houvesse nenhuma reclamação, inquérito ou prova sobre possível prática delituosa. A primazia da liberdade não era respeitada, bem como, não se resguardava ou respeitava direitos constitucionalmente consagrados. A determinação era, acima de tudo, manutenção da ordem e do controle.

Deveras, o diploma legal não foi consagrado com o ideal de concentrar

maiores compromissos com a promoção da construção de um direito social e democrático para um povo, tanto menos de garantir a segurança pública.

Nessa época, a preocupação era apenas com a efetividade na repressão aos agentes delituosos, ainda que para tanto fossem inobservados os direitos e garantias fundamentais. Em nenhum momento a legislação buscou uma aplicação em conformidade com os ditames da justiça social e da reestruturação do ser humano outrora segregado.

De modo contundente, a aplicação da legislação ocorreu com maior amplitude das possibilidades, ela foi além do que efetivamente estava garantida. Sua efetividade guardava um excesso rigor em suas medidas constritivas, junto ao discurso apresentado que defendia tal fato sob a alegação de que o interesse e a administração da justiça devem ser superiores a todo e qualquer direito, de modo a permitir “pequenos” e desarrazoados sacrifícios, ou seja, a prisão era sempre feita com o intuito de penalizar, ainda que sem a devida decisão judicial.

Por meio da interpretação crítico-doutrinária (CRUZ, 2011, p.45), observa-se a preocupação, notadamente com a política criminal – Estado repressor e míope aos Direitos Humanos – que vigorava na época e repressão a delitos trouxe uma legislação considerada menos tolerante com a manutenção da liberdade dos acusados em geral. Tanto foi que a prisão provisória passou a ter sua admissibilidade ampliada, prevista nas mais diversas causas, incluído aqui “o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal” e até mesmo da própria e “efetiva aplicação da lei penal”.

Para ilustrar essa situação, vale atenção aos relatos de Rogério Cruz (2011, p.46) o qual expõe como uma das alterações trazidas à época, pela legislação, a “prisão preventiva obrigatória”, que, em suas hipóteses se mostrava “cabível para os autores de crimes em que se cominasse pena máxima de reclusão igual ou superior a dez anos”, de modo que acaba sendo dispensado “outro requisito além da prova indiciária contra o acusado”.

Não foi sem razões que houve a necessidade de realizar inúmeros “remendos” de um lado e de outro para que o Código de Processual Penal de 1941 se adequasse às alterações sociais do atual Estado Brasileiro (embora essa ação ainda esteja em evolução).

Desse modo, uma das matérias que precisou sofrer diversos reparos foi o tocante à prisão, pois os atuais princípios constitucionais, advindos da novel Carta

da República, impunham sua aplicação de modo definido e limitado, havendo uma supressão do caráter arbitrário com que era utilizada.

Ainda assim, apesar do modo desconcertante como a prisão surgiu no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as influências políticas e sociológicas que dificultaram e muito uma correta e estreita delimitação, afirmação e condicionamento das diversas modalidades com que ela era erigida em normas processuais, hodiernamente, já se percebe a sua delimitação.

Em face ao atual ordenamento pátrio processual brasileiro erige-se a prisão-pena como aquela que depende de uma ordem judicial e quando já há o fato devidamente processado e sentenciado; contrapartida a prisão realizada sem o cumprimento da pena, conhecida pela doutrina como prisão cautelar poderá ser realizada dentro das hipóteses legalmente estabelecidas.

Enquanto a prisão penal (“carcer ad poenam”) objetiva infligir punição àquele que sofre a sua decretação, a prisão cautelar (“carcer ad custodiam”) destina-se única e exclusivamente a atuar em benefício da atividade estatal desenvolvida no processo penal. Como toda medida cautelar, tem por objetivo imediato a proteção dos meios ou dos resultados do processo, servindo como instrumento do instrumento, de modo a assegurar o bom êxito tanto do processo de conhecimento quanto do processo de execução (LIMA, 2016, p.589).

As cautelares de natureza pessoal, como nomeava Romeu Pires de Campos Barros (1982), ganharam espaço e relevância principalmente em virtude dos novos princípios constitucionais, como o da presunção de inocência e o da primazia da liberdade, de modo que, regra geral, a prisão teria lugar apenas quando houvesse a devida condenação processual penal, no entanto, a existência das cautelares visa salvaguardar o processo e todas as suas fases procedimentais, por isso, a sua aplicação está adstrita a normas próprias.

De modo complementar, a doutrina entendeu necessário delimitar as cautelares como sendo aquelas que encerram um caráter de natureza patrimonial, aquelas que se relacionam com a prova e, por fim, aquelas de natureza pessoal. Estas últimas são nosso objeto de concentração, pois são nas cautelares pessoais que se encontra como uma das espécies de restrição da liberdade, o flagrante (LIMA, 2016).

Essa delimitação foi construída paulatinamente pela doutrina, jurisprudência e posteriormente pela legislação que trouxe as determinações e

hipóteses de incidência da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, as prisões cautelares estão assim determinadas na Legislação Processual Penal Brasileira: o flagrante, a preventiva e a temporária.

Nossa concentração estará centrada na ocorrência e materialização do flagrante e nas suas hipóteses, contudo, foi preciso trazer essa discussão acerca da diferença entre prisão enquanto cumprimento de pena e prisão cautelar; importa ainda ressaltar que cada cautelar concentra em seu invólucro determinadas particularidades, como regras próprias e momentos diversos de incidência.

2.2 – A NATUREZA JURÍDICA DA PRISÃO EM FLAGRANTE.

Após o advento do Estado enquanto instituição maior de governo e controle da sociedade, bem como da administração e cuidado dos particulares ele tomou para si a incumbência de regular as condutas dos cidadãos por meio da edição de normas de convivência, sem as quais a vida compartilhada seria impraticável.

Destarte, o Estado, por meio dos seus órgãos previamente estabelecidos constitucionalmente, edita normas para regulamentar uma convivência salutar entre as pessoas e o Ente soberano, impondo a todos, inclusive a si mesmo, determinados deveres de caráter genérico e abstrato, que, na verdade, se traduzem em direitos e deveres.

Daí surge a aceitação prática de determinadas condutas tidas como lícitas, bem como a rejeição de outras adstritas pela norma jurídica em vigor, as quais vão ser postas como ilícitas (no sentido daquilo que não nos é permitido fazer).

Pois, ao permitir a realização das atividades lícitas o Estado concede livre ação ao cidadão, bem como, vai reprimir e punir as condutas reprováveis ou ilícitas; de outro giro, ele obriga seus agentes estatais a respeitar e resguardar os direitos alheios, legitimando dessa forma o Poder Estatal.

No decorrer da evolução histórica e cultural, em virtude do princípio da seletividade das condutas, houve a estipulação de dois tipos de comportamento capazes de afrontar as regras em comento, ambos passíveis de punição, condição que demanda observância tanto a conduta quanto ao bem lesionado, pois a finalidade é apontar se a punição será voltada à esfera cível e ou à penal.

Com efeito, para aqueles casos em que a afronta for em relação às regras “não tão” essenciais, optou-se por conspurcar os atos violadores como passíveis de sanções de natureza civil. Logo, as consequências para o seu violador também vão se restringir ao plano material/econômico.

Por outro lado, como consequência lógica e proporcional, a violação a normas mais importantes, que não se restringem exclusivamente ao plano material, pugnou-se por consequências mais severas, que poderiam invadir até mesmo os direitos fundamentais, tais como a liberdade de locomoção.

Destarte, optou o constituinte originário por erigir o direito de liberdade⁸ capaz de ser protegido, garantido e resguardado para toda e qualquer pessoa. Referida liberdade no território nacional, em tempo de paz, permite e possibilita que qualquer pessoa, nos termos da lei, possa nele entrar, permanecer ou sair com seus bens, direito esse com devido amparo na Carta Magna, especificamente no inciso XV⁹ do artigo 5º.

Ademais, a custódia cautelar oriunda do flagrante surge como uma modalidade de segregação que visa proteger bens específicos, dessa forma, apesar das minúcias que envolvem a natureza jurídica deste instituto, ela é essencialmente uma modalidade de prisão cautelar.

Nesse sentido, pode-se atentar ao entendimento do eminente e saudoso doutrinador Júlio Mirabete (2003), pois, o fato de haver a garantia da liberdade, não obstará sua suspensão quando houver a realização da violação de determinadas normas penais que venham a determinar a punibilidade daquele ato, até porque há certos deveres que, por sua transcendência social, devem ser reforçados com outras normas.

Por outro mote, seguindo a ideia de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues (2010), entende-se haver grande discussão e desuniformidade doutrinária acerca da consolidação da natureza jurídica sob a qual repousa a figura da prisão em flagrante, tanto que, para sua delimitação há uma aposição de três correntes. A primeira defende que a prisão em flagrante é um instituto meramente administrativo, sem incorporar as características próprias de uma prisão cautelar.

Contrapartida, a segunda corrente entende que o ato encerra caráter de

⁸ Referido direito, do ponto de vista deste estudo, se mostra como em primazia ao próprio Direito a vida.

⁹ Artigo 5º, inciso XV – é livre a locomoção no território nacional em tempos de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

medida acautelatória, tanto que para sua manutenção há necessidade de pronunciamento judicial; por fim, a terceira e última corrente considera que o flagrante é um ato por vezes complexo, assim, ele comporta duas fases, a primeira é um ato de ordem administrativa (a efetiva prisão) a ser precedido por um ato processual, consequentemente judicial (comunicação ao juiz) (ALENCAR, TÁVORA, 2010).

Ainda neste sentido, pode-se ter respaldo de Tourinho Filho (1995) para o qual a prisão (flagrante) não passa de simples ato administrativo, todavia, esse ato outrora realizado estará sujeito ainda à tutela jurisdicional.

Em arremate, vale apresentar o posicionamento de Aury Lopes Jr. (2013, p.64) para o qual, a prisão em flagrante “não é uma medida cautelar pessoal, mas sim pré-cautelar, no sentido de que não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas destina-se a colocar o detido à disposição do juiz para que adote ou não uma verdadeira medida cautelar”.

No mesmo sentido é o entendimento de Renato Brasileiro de Lima (2016, p.622) o qual determina que:

Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva (ou temporária), ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

Majoritariamente, observa-se que a doutrina brasileira segue a ideia central propagada com o advento da terceira corrente, de modo a considerar o instituto da prisão em flagrante como uma constrição pré-cautelar de liberdades sujeita à continuidade após decisão judicial (LOPES JR., 2013).

A presente discussão e difusão do tema na doutrina consubstancia respaldo enfático para demonstrar que o instituto da prisão em flagrante ainda concentra alguns percalços que com o transcurso do tempo vão se dirimindo.

Portanto, apesar de demonstrar uma problemática a qual não se vislumbra dirimir, apresentar-se-á o tema frente o uso da terceira corrente, compreendendo que o flagrante comporta duas fases distintas e complementares: uma administrativa e a outra processual.

2.2.1 – Entendendo o conceito e as características da prisão em flagrante.

No direcionamento do presente trabalho entende-se que para uma necessária e completa compreensão do tema abordado, deverá haver a construção de todos os pormenores que compõem o macrossistema da prisão, antes de ingressar em seu microssistema, o flagrante.

Nesse sentido, é de primordial importância a construção de um conceito, por meio do uso de discussões doutrinárias e legislativas, do que efetivamente se concretiza e entende como prisão em flagrante.

O conceito apresentado e discutido não terá o fito de reduzir ou delimitar de modo drástico a discussão que envolve todo o sistema processual penal, mas, apenas serve para limitar o objeto de estudo desta pesquisa. Ora, antes de moldar a estrutura micro é preciso compreender a aplicação, existência, discussão e delimitação de todos os polos macros que o compõe.

A prisão em flagrante, observada sob a ótica legalista, se condecora como um dos institutos que compõe o ordenamento processual penal, todavia, a sua delimitação coroa e materializa o seu *modus operandi*, da mesma forma que demonstra a temporalidade e o espaço em que ele terá concretude, fator ímpar na discussão deste.

Para tanto, será perpassado o significado contido na palavra flagrante, depois o entendimento daquilo que os doutrinadores apontam e sedimentam sobre o tema, até a possível formulação de uma ideia final do que efetivamente vem a ser o flagrante.

Segundo o ensinamento de Lima (2016, p.945), a palavra “flagrante” é o centro principal que embasa essa modalidade de prisão que difere do cumprimento de pena e da prisão cautelar. O referido termo vem da palavra latina “*flagrare* (queimar) e *flagrans*, *flagrantis* (ardente, brilhante, resplandecente)” aquilo que está pegando fogo, portanto, no sentido léxico, é a existência acalorada, evidente, notória, incontestável, visível e manifesta de determinado acontecimento.

Desta forma, tal colocação será apontada como uma “qualidade” do crime, ou seja, o momento em que ele está sendo cometido, onde fica evidenciada a sua prática. Bem como, todos os seus elementos, tais quais, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, fator que autoriza, destarte, a prisão do seu agente/autor sem prévia autorização judicial (há ausência de mandado) tendo em vista a certeza visual do

crime pelo preenchimento de todos os elementos necessários para a realização do injusto penal.

De outro giro, segundo o entendimento de Inocêncio Rosa (1982), a prisão em flagrante é aquela que se efetua quando a infração penal está sendo cometida, ou acaba de sê-la decorrente de que o fato se torna evidente em virtude da certeza visual que dela se tem.

Subsequentemente, Fernando Capez (2012, p.314) conceitua este instituto como sendo “medida restritiva da liberdade, de natureza cautelar e processual, consistente na prisão, independente de ordem escrita do juiz competente, de quem é surpreendido cometendo, ou logo após ter cometido, um crime ou uma contravenção”. É, portanto, segundo se extrai de seu entendimento, uma medida cuja finalidade é restringir a liberdade do agente que cometeu ou acabou de cometer determinado fato típico e imprescinde de ordem escrita de autoridade competente para que a constrição seja devidamente válida.

Nos dizeres de José Frederico Marques (1997, p.64) o “flagrante de delito é o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penal ilícita”, ou seja, ele é vislumbrado no momento em que o agente efetiva o tipo penal, passível, portanto, de sofrer a segregação pela prisão em flagrante.

Um fato de interessante denotação é o modo como o flagrante se destoa das outras modalidades de prisão, tornando sua realização mais efetiva e prática, pois, para tanto se dispensa a apresentação do mandado de prisão, ordem escrita e fundamentada, de autoridade competente para a prática do ato.

Conforme a lição de Vinícius Diniz Monteiro de Barros (2013, p.55), o enquadramento jurídico da prisão em flagrante “consiste em procedimento escriturado de função cautelar”, de modo que com sua simples assertiva classificatória há de se perceber a implicação de duas posições. A primeira delas diz respeito à conceituação da prisão em flagrante como procedimento, e não como medida; a segunda demonstra que ele encerra preceitos de não ser necessário ordem judicial para sua realização.

Procedimento, segundo lição de Fazzalaria (2006, p.117), é a estrutura normativa de atos jurídicos em sequência que se encerra com o provimento. Vê-se que a prisão em flagrante, assim, não é medida que decorre do procedimento, não é constrição fática da liberdade do indivíduo. Essa constrição de liberdade, para lograr validade jurídica, ocorre mediante o

provimento. Por vezes é possível que o provimento em que se conclui o procedimento não provoque constrição de liberdade, chegando-se ao entendimento de que esta, na facticidade, foi injurídica. O provimento, ao fim do procedimento de prisão em flagrante, é judicial e tem caráter cautelar (BARROS, 2013, p. 56).

Do modo como foi apresentado, é possível crer que a concepção do flagrante comporta a realização e a prática de determinado fato delituoso, portanto, a sua forma apesar de dever respeito aos mandamentos legais, poderá ser efetivada por qualquer pessoa do povo, uma vez que a finalidade comportada na norma ultrapassa uma mera resguarda, ao contrário, é uma busca e tentativa de tutelar um bem jurídico maior outrora violado, em violação ou passível de ser violado.

Assim, para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.512) o “flagrante é o delito que ainda “queima”, ou seja, é aquele que está sendo cometido ou acabou de sê-lo. A prisão em flagrante é a que resulta no momento e no local do crime. É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz [...]”, mesmo demonstrando a importância desse procedimento, vale a ressalva de que ele poderá ocorrer fora do local do cometimento do delito.

Todavia, a pessoa pode ser presa em flagrante no momento da prática do delito, logo após tê-lo feito e desde que seja encontrada com objetos, matérias e outros que permitam determinar ter ela relação direta com o fato, bem como, ela pode ser perseguida e presa apenas após a perseguição. Assim, vale a discordância quanto ao momento em que se realiza, efetivamente, a segregação do agente.

Vale ressaltar ainda que uma das finalidades do flagrante (primeira função prática) é impedir a continuidade de determinado ato, cessando imediatamente a infração que foi, está ou seria praticada pelo infrator, a prisão dessa forma é feita “em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos” sendo, portanto, uma forma de “autopreservação e defesa da sociedade”. Contudo, a colheita de provas e documentação (segunda função prática) deverá, exclusivamente, ser realizada pelo Delegado de polícia (ALENCAR; TÁVORA, 2010, p.512).

Interpretando o posicionamento dos referidos autores determina-se que essa modalidade de prisão acaba por proteger a integridade do próprio autor do fato, evitando, assim, maior desordem pública e a repressão através da ação de populares (terceira função prática). Por fim, ela buscará evitar a fuga daquele que foi

detido (quartar função prática).

Ressaltando pretensão posicionamento, vale menção aos dizeres de Renato Brasileiro de Lima (2016, p.945) para quem a prisão em flagrante “não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precaver, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva (ou temporária), ou a concessão da liberdade provisória [...]”.

Sem mais, em relação aos conceitos que foram apresentados e toda a discussão engendrada em torno da citada figura contida em norma processual que rege o instituto, nota-se que sua materialidade não se trata de um ato judicial, pois independe deste para ser efetivo. Contrapartida, após a consumação do ato é necessário a comunicação judicial, logo, é um ato administrativo de natureza precaver.

Assim, no cenário brasileiro (doutrinário e legal), interpreta-se que sua efetividade pode ser diferida no tempo, acontecendo no momento do ato ilícito, logo após a sua prática ou durante efetiva perseguição ao possível agente executor do delito. Assim, esse instituto comporta características especiais e se difere de todas as outras modalidades acautelatórias outrora existentes.

Terminada a demonstração do conceito e das principais características que gravitam em torno da prisão em flagrante seguimos ao próximo tópico que se relaciona diretamente com a legislação vigente, momento em que serão tratados os tipos de flagrante juntamente com a sua incidência, tanto legal quanto jurisprudencial.

2.3 – OS INSTITUTOS DA PRISÃO EM FLAGRANTE: ESPÉCIES, REQUISITOS E A VISÃO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS.

Conforme restou explanado, a prisão, qualquer que seja, é uma medida constritiva, portanto, deve ser realizada dentro das regras legalmente estipuladas e quando for devidamente autorizada, ou seja, precisa ser válida e para tanto, deve cumprir determinados requisitos.

Por outro lado, a constritiva realizada pelo flagrante delito tem lugar

quando há a ocorrência manifesta e evidente de fato definido como crime, no exato momento em que ocorre, está em vias de ocorrer ou foi executado, tanto que, independe de autorização judicial.

Na mesma esteira, entende-se a importância da prisão em flagrante comportar sua partição em funções (na visão deste autor) essenciais ao desenvolvimento do procedimento. Essa visão sobrevém do ensinamento do emérito doutrinador Renato Brasileiro de Lima (2016, p.619) para quem o flagrante é realizado tendo como primordial “a) evitar a fuga do infrator; b) auxiliar na colheita de elementos informativos: persecuções penais deflagradas a partir de um auto de prisão em flagrante costumam ter mais êxito na colheita de elementos de informação, auxiliando o dominus litis na comprovação do fato delituoso em juízo; c) impedir a consumação do delito, no caso em que a infração está sendo praticada (CPP, art. 302, inciso I), ou de seu exaurimento, nas demais situações (CPP, art. 302, incisos II, III e IV); d) preservar a integridade física do preso, diante da comoção que alguns crimes provocam na população, evitando-se, assim, possível linchamento”.

Entretanto, há de se questionar o fato do excesso de burocracia envolvendo a essencialidade desse instituto, pois, entende-se, ante a interpretação dos autores colacionados, que a contínua minúcia burocrática prevista legalmente deturpa a efetividade desse instituto.

Lado contrário, apesar do entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2008) acerca dessa modalidade de prisão cautelar, pois a compreende enquanto mecanismo de natureza administrativa que poderá ser realizada no instante em que se desenvolve ou termina de se concluir a infração penal, ressalta-se a pacificidade doutrinária ante a demonstração das diversas espécies de flagrante que dependerão do momento em que ele vier a acontecer, todavia, algumas espécies de crime apresentam particularidades.

Portanto, alguns pontos precisam ser tratados com a particularidade exigida pelo caso, conforme será demonstrado em sequência.

2.3.1 – Das diversas modalidades de prisões em flagrante previstas na Legislação Processual Penal.

A prisão em flagrante é um procedimento arregimentado no Código de

Processo Penal Brasileiro (CPP), de 1941, todavia, desde a sua vigência sofreu três pequenas alterações, a primeira no ano de 2005, a segunda no ano de 2011 e a última no ano de 2016.

Na legislação supracitada, referido instituto está localizado no Capítulo II o qual esmiúça seu procedimento nos artigos de 301 até 310.

Logo no início, o artigo 301 relaciona uma das premissas básicas que torna possível a concretização da prisão em flagrante, ou seja, apresenta quem é o agente ativo que pode efetuar a medida constritiva.

Nessa esteira, os possíveis agentes ativos adstritos na legislação são (i) os que podem efetuar-la, ou seja, a lei lhes atribui uma possibilidade e coloca como válida sua atuação e (ii) aqueles que devem, tem o dever, de agir e efetuar a concretização da medida.

Nesse passo, o artigo 301 prevê, em sua integralidade, que:

Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

O dispositivo normativo estabelece que qualquer do povo poderá, contrapartida, a autoridade policial ao presenciar o flagrante ou dele imediatamente tomar conhecimento, deverá concretizá-lo. Ou seja, para o particular existe uma liberalidade para efetuar a prisão, caberá a ele determinar se realiza ou não a concretização do ato. Parte-se de um binômio faculdade-possibilidade, com efeito, sem imposição legal.

Todavia, há de se expor severa crítica, pois, mesmo essa possibilidade (detenção pelo particular) sendo uma medida de bom senso utilizada pelo legislador, ela se mostra vazia. Ao particular, faltam determinadas qualidades como, por exemplo, o conhecimento adequado em questões técnico-policiais, tanto quanto procedimental, pois a maioria desconhece o enquadramento do fato à norma, seja processual ou penal; igualmente, não possuem porte de arma, bem como treinamentos específicos indispensáveis.

De outro giro, para as autoridades policiais e seus agentes, a norma em comento possui caráter coercitivo e obrigacional. Pois, ao contrário dos particulares, uma das funções policiais é o combate e a repressão aos atos delituosos, pois, por óbvio, eles possuem treinamento adequado, bem como, porte legal de arma de fogo,

instrumento essencial para o exercício do seu mister.

Mesmo ante o caráter impositivo da norma quanto ao dever dos policiais de agirem na situação de flagrante há de se considerar suas exceções, ou seja, não obriga que os homens se tornem “super-heróis” pelo simples fato do agente estar investido em um cargo público que deve primar pela segurança pública. Portanto, a norma nem sempre será uma obrigatoriedade para o agente público.

Estas têm o dever de efetuar a prisão em flagrante, sempre que a hipótese se apresente (art. 301, *in fine*, CPP). Entendemos que esta obrigatoriedade perdura enquanto os integrantes estiverem em serviço. Durante as férias, licenças, folgas, os policiais atuam como qualquer cidadão, e a obrigatoriedade cede espaço à mera faculdade (ALENCAR; TÁVORA, 2010, p. 514).

Assim, o agente público pode ser observado sobre dois aspectos objetivos: o primeiro se relaciona com a atividade que exerce em seu *múnus* público, qual seja, a segurança pública, nela sua obrigação é efetuar, sempre que possível, a segregação quando se encontrar frente à situação de efetivo flagrante; em segundo, quando ele está fora da atividade ainda que se encontre frente uma situação de flagrante será tida como “qualquer do povo”, portanto, a ele será facultado a efetivação da prisão, sem o risco de sofrer punições.

Nesse sentido, impõe-se ressaltar que em determinadas situações, mesmo com o todo treinamento tático-operacional, não é possível executar a ação, seja pelo alto risco de colocar a própria vida em vulnerabilidade ou, principalmente, pelo risco advindo para inocentes, sejam eles vítimas ou não. Destarte, nestas hipóteses excepcionais, eles estão amparados a não agirem, uma vez que é primordial a defesa e preservação da vida humana.

Nesse sentido, segue a visão consagrada no Superior Tribunal de Justiça Brasileiro que ao julgar um de seus *habeas corpus*, determinou que:

A Quinta Turma deste Sodalício assentou que pode a Guarda Municipal, inobstante sua atribuição constitucional (art. 144, § 8º, CF), bem como qualquer um do povo, prender aquele encontrado em flagrante delito (art. 301, CPP) ¹⁰.

Em conformidade com o outrora consubstanciado foi o voto proferido em

¹⁰ Voto retirado do HC 290.371/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Quinta Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 30/05/2014.

juízo de *habeas corpus*, onde o Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, apontou, no mesmo sentido, *in verbis*

Não prospera a alegação de que cabia à Polícia Civil, e não à Polícia Militar, a realização das diligências que acarretaram a prisão dos pacientes, uma vez que, nos termos do art. 301 do CPP, qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito¹¹.

Portanto, a prisão em flagrante poderá ocorrer no momento em que o crime é praticado ou logo após e tem como objetivo, dentre outros, evitar a consumação ou o seu exaurimento, a fuga do possível culpado, a garantia na colheita de provas e a segurança da integridade física do autor do crime.

O excesso de atos praticados quando em desconformidade com a legislação correlata acaba por tornar a segregação realizada mediante o flagrante ilegal, fato que vai resultar em seu relaxamento, pois em desconformidade e contrariedade com o mandamento constitucional pátrio¹².

Seguindo esse raciocínio do agente, interessa ressaltar o modo como o Direito Espanhol aborda e trata acerca “*de la detención*” na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, pois acaba por determinar que “en efecto, com tal carácter de excepción, la detención puede realizarse tanto por particulares cuanto por las fuerzas de orden público [...]” (DEU, 2004, p. 206).

Nesses termos, a detenção – não sendo necessário ser apenas o flagrante, pois não se vislumbra na norma essa especificidade – poderá ser realizada por particular ou pela autoridade públicas.

Assim, transcreve-se a integralidade do artigo 492:

La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener:
 1.º *A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.*
 2.º *Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la de prisión correccional.*
 3.º *Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial.*
Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente

¹¹ Voto retirado do HC 163.378/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 18/11/2010, DJe 13/12/2010.

¹² A prisão é ilegal quando ela excede ou não observa as determinações que legalizam a sua efetividade, portanto, segundo os dizeres do artigo 5º e inciso LXV da Carta Magna “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”.

detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente.

4.º Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurran las dos circunstancias siguientes:

1.ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2.ª Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él.

Ante a análise desse fragmento legal e questões já abordadas nessa pesquisa pode-se declarar que, de modo contrário ao Direito Brasileiro, no Espanhol não há a excessiva determinação minuciosa ou burocrática para a efetividade da prisão em flagrante, inclusive o próprio item 3º do artigo 492 permite que o réu seja mantido em cárcere caso se perceba que ele não irá comparecer perante a Autoridade Judiciária.

Do mesmo modo há uma maior facilidade em manter o flagrante quando analisado em razão do item 4º de modo que, ao inexigir a existência de um processo, ou seja, pode ocorrer em fase de investigação, a pessoa poderá ser mantida (detida) quando se acreditar na real existência de um fato delituoso e que a pessoa a ser parada teve participação naquele.

Outro ponto a se colocar em pauta, guarda relação com a possibilidade do detido sofrer uma detenção, a qual poderá ser comunicada ou incomunicada:

La detención puede ser comunicada o incomunicada. La diferencia entre una y otra recae en la mayor limitación de los derechos del detenido, puesto que en el supuesto de la detención incomunicada se suspenden los derechos a informar de su detención al Consulado, si es extranjero; o al familiar o persona que designe; a nombrar abogado de su elección; y a entrevistarse con él reservadamente (DEU, 2004, p. 206).

Nesse esteio, seguindo o posicionamento, Aury Lopes Jr., observa-se que condicionar o flagrante a uma hipótese donde se mostra impossível a comunicação do detido, seja para seus familiares, para a Autoridade Judiciária ou para seu advogado é condição desproporcional e contrária aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Ainda sobre o Direito Processual Penal do outro lado do oceano, ao contrário do Ordenamento Espanhol e Brasileiro, o Português comporta uma particularidade, pois ele restringe a realização do flagrante – por qualquer autoridade judiciária, pela entidade policial ou por qualquer pessoa – ao crimes cuja punição comporte pena de prisão, conseqüente, se interpreta que para o crimes cuja pena

não tenha como previsão a pena de prisão não poderá ser realizado o flagrante.

Todavia, o Ordenamento peca ao colocar a prisão em flagrante, quando efetuada por qualquer pessoa apenas enquanto caso “residual ou subsidiário”, de modo que ele somente terá eficácia caso não seja possível requer ou esperar a sua realização por pessoa adequadamente preparada realizá-lo (VALENTE, 2010, p. 322).

Após a demonstração de quem poderá ser o agente ativo com legitimidade para executar de modo válido a prisão em flagrante o CPP prossegue com a previsão básica de quatro situações em que a consumação da restrição poderá ser efetivada, para tanto, o artigo 302, determina *in verbis*:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:
I - está cometendo a infração penal;
II - acaba de cometê-la;
III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Há na doutrina, vozes consideráveis a propugnar que referidas situações não devem ser indefinidamente dilatadas ou ampliadas, sob pena de se violar a ideia de imediatidade da prisão frente o fato punível. A possível abertura das possibilidades não caracterizava a efetividade do flagrante, tornando a norma suficientemente ampla para tornar todo e qualquer ato ou momento como flagrante, rompendo com a possível segurança jurídica e com os princípios constitucionais (GRECO FILHO, 2009).

Em decorrência disso, compreende-se a importância dos incisos que indicam as possibilidades de ocorrência da prisão em flagrante serem interpretados de modo taxativo, sem comportar extensão ou abrangência, pois, essa “taxatividade decorre da própria necessidade de restringir as hipóteses de prisão sem pena, e a impossibilidade de ampliar o alcance do texto legal, por qualquer técnica de interpretação ou expediente diverso, é evidente” (MARCÃO, 2016, p.299).

Diante das previsões expressas e atualmente vigentes no mencionado artigo 302, a doutrina divide a efetividade da prisão em flagrante em diversos momentos a depender da sua consumação no tempo. Assim sendo, o flagrante poderá ser classificado como sendo o flagrante próprio (inciso I e II), o flagrante

impróprio (inciso III) e o flagrante presumido (inciso IV)¹³.

De modo bastante equânime, mas sem segregar em incisos, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* trata a definição de flagrante no seu *artículo 795*, especificamente no 1.^a¹⁴ item daquele. Todavia, interessante ressaltar como as definições dos tipos de flagrante são idênticas àquelas elencadas no artigo 302 do CPP.

De modo parecido com a legislação brasileira a Código de Processo Penal Português, optou por tratar acerca das hipóteses de flagrante em seu artigo 256 onde o reparte e 3 itens principais, os quais se transcreve na íntegra:

- 1 - É flagrante delito todo o crime que se está cometendo ou se acabou de cometer.
- 2 - Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objectos ou sinais que mostrem claramente que acabou de o cometer ou de nele participar.
- 3 - Em caso de crime permanente, o estado de flagrante delito só persiste enquanto se mantiverem sinais que mostrem claramente que o crime está a ser cometido e o agente está nele a participar.

Ante a apresentação das três espécies de legislação, apesar do Código Português ter se preocupado com a aposição do crime permanente de modo expresso acabou por unificar todas as espécies de flagrante, em uma tentativa de construir uma lei mais enxuta, pois buscou abarcar todas as hipóteses possíveis.

Lado contrário, o Código Brasileiro tentou se mostrar mais simples, quando comparado com o Português e o Espanhol. Ele trata das hipóteses de flagrante sem demonstrar os crimes onde ela pode vir a ocorrer, pois, regra geral, o flagrante poderá ocorrer em qualquer crime, apenas comportando especialidades e minuciais a depender de um ou outro caso específico, mas sem deixar de suprir essa lacuna.

2.3.1.1 – A ocorrência do flagrante real ou próprio.

¹³ A respeito da separação adotada maior aprofundamento poderá ser realizado com a leitura das obras de Tourinho Filho (1995) e do eminente Fernando Capez (2012).

¹⁴ 1.^a Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estoviesse cometiendo o se acabare de cometer quando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.

Essa primeira hipótese de flagrante encontra maior substância quando em comparação com a ideia e finalidade do flagrante, pois comporta liame direto entre o acontecimento da ação delituosa e o momento da prisão, uma precede a outra, logo, não há perseguição para efetivar a restrição da liberdade.

Igualmente, seguindo o entendimento majoritário da doutrina¹⁵, essa primeira modalidade será dividida em duas hipóteses específicas, uma vez que cada qual se relaciona com um momento diverso, sendo assim, a primeira delas guarda conotação direta com o momento em o agente “é preso quando da realização do crime, leia-se, ainda na execução da conduta delituosa”; enquanto, o segundo momento é quando o agente “acaba de cometer a infração, ou seja, sequer se desvencilhou do local do delito ou dos elementos que o vinculem ao fato quando vem a ser preso” (ALENCAR; TÁVORA, 2010, p.513).

a) O inciso I do artigo 302 do CPP.

Na hipótese do inciso I do artigo 302 do Código de Processo Penal (CPP) o agente é surpreendido quando está praticando, executando, a ação tida como criminosa. Momento frente o qual restará devidamente caracterizada a chamada situação de ardência, que leva à “certeza visual do crime” (MARQUES, 1997).

É o momento em que a pessoa é vista ou encontrada praticando determinado fato que a legislação penal brasileira consagra como fato típico; frente esse confronto o agente se verá diante do denominado flagrante real ou próprio.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) proferiu a seguinte decisão:

Para fins de prisão por flagrante delito, nos termos do art. 302 do CPP, é preciso que o acusado esteja cometendo o crime ou tenha acabado de cometê-lo (flagrante próprio); tenha sido perseguido, logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que se fizesse presumir ser o autor da infração (flagrante impróprio); ou seja encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que fizessem presumi-lo ser o autor da infração (flagrante presumido)¹⁶.

O inciso I do art. 302 encerra o flagrante clássico, posto que sua

¹⁵ No mesmo sentido é a doutrina de Tourinho Filho (1995), Renato Brasileiro (2016) e Vinícius de Barros (2013).

¹⁶ RHC 24.027/PI, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 17/11/2008.

materialidade será consagrada quando o agente for encontrado no momento em que ele exerce a prática da infração.

Assim sendo, vale citar que acaso a interferência de “qualquer do povo” ou da autoridade policial se realize de modo efetivo e suficiente, a infração penal pode ficar pelo caminho, permanecendo como crime tentado.

b) O inciso II do artigo 302 do CPP.

No mesmo sentido, o artigo 302, em seu inciso II prevê a existência do flagrante quando o agente é encontrado logo após o cometimento da infração/crime, assim, o legislador optou por determinar a hipótese de incidência para o momento posterior à prática do ato criminoso.

Assim como no inciso I do art. 302, o flagrante ainda é tido como sendo real ou próprio, posto que, ao contrário dos demais incisos (o inciso III e IV), não preveem quaisquer tipos de presunção, ou seja, ou indivíduo é pego na execução do ato ou logo após a efetiva execução.

Com efeito, cuida o inciso em testilha de situação em que o autor da infração penal é visto no momento em que acaba de cometer o delito, e não logo após ou logo depois. Há uma relação de imediatidade e, portanto, uma situação de concomitância entre a conduta praticada pelo infrator e a percepção visual daquele que a seguir irá efetuar sua prisão captura. (MARCÃO, 2016, p.301).

Todavia, no caso do inciso II do art. 302 as provas necessitam serem um pouco mais robustas e contundentes, ou seja, o suficiente para que se aumente a presunção, levando, por conseguinte, um grau mais elevado da plausibilidade a respeito da situação de flagrância que autoriza a constrição cautelar de liberdade.

Em julgado paradigmático de *habeas corpus*, o STJ proferiu decisão determinando que:

Presentes fortes elementos de prova, apontados na sentença condenatória, de que o paciente, não obstante não estar comercializando a droga no momento da prisão, portava, juntamente com outros co-réus, elevada quantidade de substância tóxica, caracterizado está o crime de traficância e o estado de flagrância, na medida em que a consumação do ilícito em questão já vinha se protraindo no tempo e era preexistente à ação policial¹⁷.

¹⁷ HC 92.724/SC, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta turma, julgado em 14/04/2009, DJe 01/06/2009.

A conclusão levada a efeito no julgado transparece a posição do órgão julgador ao apontar que os elementos encontrados quando da prisão dos condenados leva à clara conclusão de que houve a efetiva prática do crime de tráfico de substâncias entorpecentes, caracterizando, assim, a flagrância prevista no inciso II do art. 302 do CPP.

2.3.1.2 – A ocorrência do flagrante impróprio contido no inciso III do artigo 302.

Outra hipótese precedida no artigo 302 é a denominada pela doutrina de flagrante impróprio que segue apresentado no inciso III, o qual estrutura uma hipótese com características diversas daquela outrora ventilada tanto no inciso I quanto no inciso II.

Para essa hipótese de flagrante é preciso atenção aos seus requisitos. Portanto, observa-se como característico do chamado flagrante impróprio ou quase flagrante o fato de ser o agente perseguido “logo após”.

Referida perseguição poderá ser feita pela autoridade, no caso do agente de segurança pública, pelo ofendido, quem sofreu a ofensa, ou por qualquer pessoa; essa ação, por sua vez, determina que o perseguido seja encontrado em situação que se faça presumir ser ele, o autor da infração.

Nesta hipótese, há duas situações que podem ocorrer: no primeiro momento, a ação praticada pelo agente é visualizada pela autoridade – ou por qualquer do povo – e finda sua execução, ele será perseguido e capturado.

No segundo momento, a ação não foi presenciada ou vislumbrada pelo efetivo perseguidor, contudo, por qualquer circunstância inesperada, o agente é tido, presumidamente¹⁸, como o autor da infração.

No que tange ao fator material da perseguição a que alude o inciso III do artigo 302 sua realização pelo agente ativo do flagrante deverá ser contínua e ininterrupta, de modo que a prisão deve ser efetivada no menor lapso temporal possível:

O início da perseguição tem de ser imediato: praticado o crime é preciso que *in continenti* passe o réu a ser perseguido. E a perseguição deve ser

¹⁸ A presunção apresentada pela legislação diz respeito ao fato de o agente ser encontrado com objetos ou itens que se faça presumir ser ele o autor da infração. Portanto, é uma presunção *juris tantum*, pois ela admite prova em contrário, podendo o agente demonstrar no momento oportuno e adequado as provas que o ilidem de sua possível culpa.

mantida sem solução de continuidade até o instante de prender-se o autor da infração penal. Mas, embora persista essa perseguição contínua, desaparecerá o flagrante se, após razoável espaço de tempo, não se consegue efetuar a prisão do delinquente perseguido. De onde se vê que se exigem as condições seguintes para a legitimidade do ato de coação: 1ª) imediata perseguição do delinquente; 2ª) prisão deste em breve tempo, isto é, em tempo bem vizinho da prática do crime (MARQUES, 1997).

Logo, é imperioso que a perseguição¹⁹ guarde um lapso temporal adequado²⁰, contudo, a lei não estipula ou quantifica qual será esse tempo, apenas determina que ele esteja próximo da prática do fato.

Assim, “logo após” compreende todo o espaço de tempo necessário para a polícia chegar ao local, colher as provas elucidadoras da ocorrência do delito e dar início à perseguição do autor. Não tem qualquer fundamento a regra popular de que é de vinte e quatro horas o prazo entre a hora do crime e a prisão em flagrante, pois, no caso do flagrante impróprio, a perseguição pode levar até dias, desde que ininterrupta. (CAPEZ, 2012, p.316).

Importa salientar que caso a prisão não seja efetivada nos moldes outrora delineados, tem-se que não haverá a efetividade do estado de flagrância, ao menos, não nos moldes elencados no inciso III do artigo 302. Ao se debruçar sobre o tema, o STJ decidiu que:

Muito embora o paciente não tenha sido apreendido em pleno desenvolvimento dos atos executórios do crime de roubo, nem tampouco no local da infração, foi perseguido, logo após ao fato, sendo localizado e preso poucas horas após o delito, trata-se, portanto, do flagrante impróprio, previsto no art. 302, III do CPP.²¹

No mesmo sentido, contudo, abordando um viés mais doutrinário, é possível se compreender a visão do STJ concernente a leitura do julgamento proferido no recurso em Habeas Corpus, cuja relatoria coube ao Ministro Arnaldo Esteves Lima, sendo abordado:

¹⁹ Nos termos do §1º do artigo 290 do Código de Processo Penal a perseguição é considerada ativa quando o executor (qualquer do povo ou o agente público) a) tendo-o avistado, for perseguindo-o sem interrupção, embora depois o tenha perdido de vista e quando b) sabendo, por indícios ou informações fidedignas, que o réu tenha passado, há pouco tempo, em tal qual direção, pelo lugar em que o procura, for no seu encalço.

²⁰ Atualmente, o entendimento da doutrina CRUZ (2011), BITENCOURT (2018) E CAPEZ (2012) é o de que não há um prazo mínimo ou máximo acerca da duração do “lapso temporal adequado” para que se consubstancie a efetividade do flagrante, tanto que ele pode perdurar por minutos, horas, dias ou semanas desde que seja feito de modo ininterrupto e “logo após” a constatação do fato, portanto, o fator primordial na perseguição policial guarda conotação direta e prática com a continuidade da interrupção e com o seu início, logo, caberá ao juiz analisar cada caso para constatar se houve o flagrante ou não.

²¹ HC 126.980/GO, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 06/08/2009, DJe 08/09/2009.

Para fins de prisão por flagrante delito, nos termos do art. 302 do CPP, é preciso que o acusado esteja cometendo o crime ou tenha acabado de cometê-lo (flagrante próprio); tenha sido perseguido, logo após, pela autoridade, pela vítima ou por qualquer pessoa, em situação que se fizesse presumir ser o autor da infração (flagrante impróprio); ou seja encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que fizessem presumi-lo ser o autor da infração (flagrante presumido).²²

Não há que se falar em irregularidade da prisão em flagrante, se o paciente foi perseguido, logo após a prática do eventual delito, sendo preso em situação que fez presumi-lo como o possível autor do crime. É o que se chama de flagrante impróprio ou quase-flagrante. (art. 302, III, CPP) (Precedentes).²³

Pelos excertos hora transcritos, retira-se que a jurisprudência pátria tem considerado como válida a modalidade de flagrante descrita pelo inciso III do artigo 302, no entanto, quanto ao requisito da perseguição que o legislador deixou em aberto coube ao Poder Judiciário estipular as limitações de sua aplicação e validade.

Sem mais embargos, é preciso que o procedimento esteja em conformidade tanto com os fundamentos legais quanto com a jurisprudência pátria dos tribunais para ser efetivamente válida.

2.3.1.3 – A ocorrência do flagrante presumido ou ficto (inciso IV do artigo 302).

A última hipótese de flagrante apresentado no artigo 302 do CPP é a que está prevista em seu inciso IX, comumente, chamado de flagrante presumido, ficto, ou assimilado.

Referida modalidade não guarda conotação direta com o significado dessa espécie de prisão, pois a chamada ardência do crime, outrora presente nos incisos I, II e até mesmo no III do mesmo art. 302, inexistente. Todavia, ainda há um *minus* de fumaça, há resquícios do fato criminoso outrora realizado.

Nesta modalidade de flagrante não há de se falar na existência de uma perseguição empreendida contra o agente, ou seja, ele não é encontrado, nem durante, nem depois, quanto menos “logo após”. Entretanto, é premente que este seja encontrado “logo depois” com objetos que façam presumir ser ele o autor do delito.

Nestes termos, a jurisprudência do STJ tem caminhado exatamente no sentido literal da norma processual, de modo que:

²² RHC 24.027/PI, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 17/11/2008.

²³ HC 74.647/CE, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 04/06/2007, p.413.

Nos termos do art. 302, inciso IV, do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito aquele que é encontrado, logo depois do delito, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração²⁴.

Os pacientes foram encontrados, logo após o delito, com instrumentos e objetos do crime o que se fazia presumir serem eles os autores. A hipótese é de flagrante presumido, prevista no art. 302, inciso IV, do Código de Processo Penal²⁵.

Importante ressaltar que essa hipótese distingue-se daquela açambarcada pelo inciso III do mesmo dispositivo processual porque não exige a perseguição, ou seja, o agente não foi vislumbrado ao executar ou terminar a execução, igualmente não foi perseguido após a consumação do fato. Não se viu ou se sabe quem é o executor.

Desse modo, a expressão “logo após”, contida no inciso III, guarda conotação direta com a perseguição que vem a ser empreendida pelo agente público após ele tomar conhecimento da ocorrência da infração delituosa, de modo que o termo engloba o espaço temporal que ele gastará para poder perseguir e encontrar o autor.

Contrapartida, a expressão “logo depois”, expressa no inciso IV, guarda relação de primazia com os objetos utilizados na prática do delito que está sendo investigado. Nessa hipótese, o autor não é perseguido pela autoridade policial, ele é encontrado com objetos que fazem presumir ter sido ele o autor do fato.

Assim sendo, não há liame entre a investigação iniciada e a pessoa que vier a ser encontrada, quem está sendo procurado é desconhecido, não sabido; existe o fato e a sua consumação, embora a lei diga que alguém deve ser encontrado, o seu intuito é ser genérica e abstrata, uma vez que o agente público não sabe quem está a buscar.

Tanto é que, nos dizeres de Renato Marcão (2016, p.302):

Embora a lei se refira ao agente que é “encontrado”, o que pode levar alguém a concluir tratar-se de pessoa com identidade conhecida (se foi “encontrado” é porque estava sendo procurado e era conhecido), o correto é que não se exige seja conhecida sua identidade. Pensar o contrário terminaria por reduzir consideravelmente o alcance da regra, impedindo o êxito na prisão em flagrante de inúmeros criminosos.

²⁴ HC 205.754/PR, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 02/08/2011, DJe 17/08/2011.

²⁵ HC 117.809/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 16/12/2008, DJe 09/03/2009.

Em razão disso para a caracterização dessa hipótese de prisão em flagrante, a lei exige apenas dois requisitos: (i) que o infrator seja encontrado logo depois do fato e (ii) esteja com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele o autor da infração.

Acrescente-se que não é permitido, seja pela lei ou pela jurisprudência, seja encontrado apenas o suposto autor do fato e venha ele a ser segregado pela modalidade de flagrante; é imprescindível, na forma do inciso IV do artigo 302 do CPP, seja ele encontrado com os instrumentos que façam crer ser ele o autor da infração, caso contrário não há que se falar em prisão em flagrante.

Oportuno tratar acerca da crítica disposta por Aury Lopes Júnior (2013, p.265), para quem:

A rigor, a disposição é substancialmente inconstitucional, pois à luz da presunção de inocência não se pode “presumir a autoria”, senão que ela deve ser demonstrada e provada. Infelizmente, o controle da constitucionalidade das leis processuais penais é incipiente, muito aquém do necessário para um Código da década de 40.

Ante os fatos apontados e as dicções do emérito doutrinador, discorda-se do modo como foi posta a crítica, não se considera haver inconstitucionalidade do referido instituto. Sua aplicabilidade se mostra cristalina quando pontua que o autor será preso apenas após se constatar a prática do delito e vindo ele a ser encontrado com os objetos que se faça presumir ser ele o executor daquele fato.

Consequentemente não é uma norma com condição capaz de permitir a prisão arbitrária e ilícita de toda e qualquer pessoa pela simples condição de portar algum objeto ou utensílio cujo uso possa ocasionar em algum delito.

O presente vai se restringir apenas a essas quatro modalidades de flagrante, pois são aquelas que guardam relação direta com o artigo 302 do Código de Processo Penal Brasileiro, todavia, vale demonstrar que tanto a doutrina como a jurisprudência admitem a existência de outras modalidades de flagrante, quais sejam, (i) o flagrante esperado, (ii) o flagrante forjado, (iii) o flagrante preparado e o (iv) flagrante prorrogado, retardado ou postergado.

Entretanto, os quatro últimos são citados apenas a título de curiosidade e de conhecimento, não vão ser abordados de modo minucioso dentro do presente trabalho, cuja finalidade é tratar, explanar e demonstrar apenas sobre as hipóteses expressas nos incisos de I a IV do artigo 302 do CPP, de 1941.

2.3.2 – O flagrante nas diversas espécies de crimes.

A prisão em flagrante pode ser realizada frente toda e qualquer forma de crimes, porém, alguns comportam minúcias que devem ser apresentadas e tratadas justamente em razão dessas peculiaridades.

2.3.2.1 – O flagrante nas infrações permanentes.

O artigo 303 do Código de Processo Penal aponta a possibilidade do flagrante quando houve crime cuja infração seja permanente. Assim, imperioso apontar que a infração permanente é aquela cuja consumação se protraí no tempo, como, por exemplo, o sequestro, a posse de drogas e a quadrilha ou bando.

Nesses termos, enquanto houver a realização da ação delituosa, de igual modo, perdura-se o estado de flagrância, de modo que segundo a inteligência do artigo supracitado “entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência”.

Referido dispositivo normativo encontra grande discussão ao seu redor, seja em razão da delimitação da situação do caráter de “permanência” do crime ou ainda do alcance da possibilidade de a autoridade policial fazer uso deste dispositivo para adentrar domicílios particulares sem o necessário mandado judicial.

Antônio Alberto Machado (2009) assinala que nos casos de crime permanente, o flagrante pode ser efetuado a todo tempo e em qualquer lugar, inclusive dentro do próprio domicílio. Assim, a autoridade policial pode ingressar em casa alheia, mesmo à noite, sem mandado e sem consentimento do morador.

Essa possibilidade foi erigida em conformidade com os ditames constitucionais, vez que a Constituição Federal, de 1988, permite o ingresso ao domicílio independentemente de haver mandado quando for o caso de flagrante delito (artigo 5º, inciso XI²⁶), a jurisprudência majoritária aponta no sentido de que, ocorrido o ingresso da polícia, com apreensão da droga, não se cogita de ilegalidade, pois existe uma situação de crime permanente.

O STJ tem entendido que, no caso de posse de substâncias entorpecentes, não desqualifica o flagrante o fato de a prisão ter ocorrência em local

²⁶ Artigo 5º, inciso XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

diverso daquele em que se guardava a droga, o pronunciamento do Ministro Jorge Scartezzini apontou que “sendo a posse de substância entorpecente crime permanente, não desnatura o flagrante a circunstância da detenção ter ocorrido em local diverso daquele em que se guardava a droga”²⁷.

Em sentido contraposto, a situação de flagrância exige visibilidade material do delito, portanto, só se considera presente o flagrante se há um *minus* de aparência perceptível hábil a caracterizar a materialização da atividade delituosa (LOPES JUNIOR, 2009).

A respeito da situação de permanência, o STJ, apreciando a questão em égide de Ação Penal, sob a relatoria do Ministro João Otávio De Noronha, decidiu o fundamento acerca do qual:

3. A posse ilegal/irregular de armas e munições é crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, perdurando o flagrante delito enquanto não cessar a permanência.
4. A apreensão decorrente do conhecimento fortuito da posse ilegal/irregular das armas e munições não implica extrapolação ou nulidade do mandado expedido para a busca e apreensão de objetos referentes a crime diverso. O mandado foi adequadamente expedido, mas a apreensão decorreu do flagrante constatado no interior da residência do acusado²⁸.

Apreciando a questão em sede de Habeas Corpus, cuja relatoria coube ao Ministro Hamilton Carvalhido, todavia, sobre a antiga lei de drogas, assentou que:

1. O delito de associação para o tráfico de entorpecentes, tipificado no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, é de natureza permanente, por isso que o seu estado de flagrância perdura enquanto não cessar a permanência, sendo desimportante, por outro lado, com qual dos co-réus foi apreendida a droga e a que distância do lugar em que fora encontrada a substância entorpecente fora detido o agente²⁹.

Logo, o crime permanente é aquele que se prolonga e tem alongamento no tempo, ele não acaba com sua execução, como, por exemplo, o sequestro, por essa razão, o legislador optou por permitir uma modalidade específica de flagrante nesses crimes e autorizou a segregação em qualquer momento enquanto o fato estiver sendo praticado.

²⁷ STJ, HC 20.743-MS, 5ª. T., j. 20.06.2002., v.u, rel. Ministro Jorge Scartezzini.

²⁸ APn .686/AP, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Corte Especial, julgado em 18/12/2013, DJe 05/03/2014

²⁹ HC 40.763/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 31/05/2005, DJe 22/09/2008.

2.3.2.2 – *Flagrante nos crimes habituais.*

Antes de apor sequência, é preciso apresentar o significado de habitualidade estipulado para que se faça a caracterização do crime habitual. Prontamente, nos termos apresentados pela legislação e por alguns doutrinadores, FERNANDO CAPEZ (2012) E GRECO FILHO (2009), é considerada como infração habitual a reiterada repetição de atos penalmente indiferentes que integram um todo unitário e que geralmente refletem um modo ou estilo de vida do agente, ou seja, um dos resquícios ainda da teoria da culpabilidade do autor no Direito Penal Brasileiro.

Dessa forma, o ato em si pode não carregar liame de ilicitude, todavia, o modo reiterado como ele é praticado o torna um fato típico. Por isso, a realização de apenas um desses atos caracterizaria a atipicidade; todavia a prática de vários atos em conjunto e praticados com habitualidade, configura a infração.

Seguem como exemplo dessa modalidade de crime, as seguintes atividades, o exercício ilegal da medicina (artigo 282 do Código Penal), o curandeirismo (artigo 284 do Código Penal) e o delito de manter casa de prostituição (artigo 229 do Código Penal).

Nessa espécie de crime, a doutrina não tem apresentado divergência a respeito da possibilidade da prisão em flagrante nos casos de infrações habituais.

Para José Frederico Marques (1997) não é possível executar prisão em flagrante nos crimes habituais, pois a ação considerada isoladamente não constitui delito, o qual somente surge quando ocorre a reiteração.

Isso se deve pelo fato de que “o crime habitual só existe pela reiteração de condutas, e a prática isolada de um ato é, em regra, fato atípico”, frente essa constatação “a prisão em flagrante retrataria o ato isolado, que em si não representa infração penal” (ALENCAR; TÁVORA, 2010, p. 520).

Segue a mesma linha de pensamento o eminente doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (1995) e Guilherme de Souza Nucci (2008), pois além de concordar com a referida doutrina declaram que o flagrante vai incidir apenas sobre um único ato isolado, não vai considerar a habitualidade com que ele vem sendo praticado, ou seja, falta uma precisão que decrete o momento da ocorrência do flagrante, pois a habitualidade se perdura no espaço e sobretrai no tempo, restando acabada finda sua execução.

Em contrapartida, é necessário demonstrar que algumas vozes como

José Frederico Marques (1997) e Júlio Fabrini Mirabete (2003) entendem possível a efetividade da prisão em flagrante, desde que ela venha a ocorrer mediante prova anterior da habitualidade colhida em prévia sindicância policial, tornando assim materializada a continuidade efetiva do delito.

Todavia, ainda que se possibilite a realização do flagrante nesses casos seria de difícil constatação a efetiva materialidade do fato típico e principalmente da habitualidade, de modo que cabe ao Delegado de Polícia, inicialmente, e depois ao magistrado, no momento da audiência de custódia, analisar cada caso concreto para poder dizer se a habitualidade se configurou ou não, pois se cuida de matéria de fato, objeto de prova e de convicção.

2.3.2.3 – Flagrante nos crimes continuados

Outra hipótese que merece uma aprofundada discussão devido à sua materialidade são os crimes denominados como continuados, ou seja, são aqueles delitos que não guardam muitos segredos, encontrando soluções claras, tanto na lei como na jurisprudência.

O delito continuado consiste na prática reiterada de ações que, por si só, são crimes autônomos, porém o legislador pátrio entendeu por bem que eles vão ser unificados como um crime único. Logo, essa atuação será realizada, pois o autor dos diversos fatos delituosos será sempre o mesmo.

Assim, por serem várias ações consideradas como típicas, cada uma delas se constitui em um delito próprio, portanto, a descoberta de apenas uma dessas ações já materializa o crime continuado e poderá ensejar a concretização do flagrante.

Por conseguinte, colhido o agente na prática de uma dessas ações, o flagrante estará caracterizado.

2.3.2.4 – Flagrante nos crimes formais

Outra hipótese de crime que merece menção, são aqueles denominados como formais. Em linhas gerais, pode se caracterizar os crimes formais como aqueles que se consumam independentemente do resultado objetivo descrito no tipo.

Desse modo, a consumação desses crimes ocorre com a simples realização da conduta, ou seja, não importa, para sua caracterização o resultado, seja ele qual for. Assim, a prisão em flagrante deve ser realizada durante ou logo após a ocorrência da conduta, pois o resultado é mero exaurimento do crime.

Cita-se, como exemplo, de crime formal os delitos de concussão (artigo 316 do Código Penal) e corrupção passiva (artigo 317 do Código Penal). É muito comum que o funcionário público, sujeito ativo desses delitos, seja preso no momento do recebimento da vantagem indevida, ainda que isto ocorra alguns dias depois da exigência, no caso da concussão, ou da solicitação, quando da corrupção passiva.

Ou seja, a prisão ocorre depois de consumados tais delitos (exigência e solicitação), mas o efetivo recebimento caracteriza o mero exaurimento desses crimes.

2.3.2.5. – *Flagrante em crimes cometidos diante da autoridade*

O artigo 307³⁰ do CPP traz a previsão de que quando o fato for praticado na presença de autoridade ou contra esta, dentro do exercício de suas funções, o auto de prisão em flagrante deverá conter a narrativa do fato, a voz de prisão e as declarações do(s) preso(s) e das testemunhas.

Em averiguação no banco de dados do STJ, restou verificado que a manifestação mais contundente se refere à questão sobre a ausência do registro da “voz de prisão” que segundo o entendimento literal do dispositivo legal, deveria constar expressamente no próprio auto de prisão em flagrante.

Ainda assim, no julgamento do recurso interposto em *habeas corpus*, a Corte entendeu à época que a ausência da voz de prisão ou do registro desta não importa em nulidade, sob este argumento manteve a constrição de liberdade em favor da sociedade e em detrimento do agente.

PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM "HABEAS CORPUS". RECEPÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE. NULIDADE. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS ESSENCIAIS A LEGITIMIDADE DO FLAGRANTE.

³⁰ Art. 307. Quando o fato for praticado em presença da autoridade, ou contra esta, no exercício de suas funções, constarão do auto a narração deste fato, a voz de prisão, as declarações que fizer o preso e os depoimentos das testemunhas, sendo tudo assinado pela autoridade, pelo preso e pelas testemunhas e remetido imediatamente ao juiz a quem couber tomar conhecimento do fato delituoso, se não o for a autoridade que houver presidido o auto.

CARACTERIZAÇÃO DO FLAGRANTE PELA DETENÇÃO DO ACUSADO.

- Não é nula a prisão em flagrante somente porque no texto do auto de prisão não se escreveu a expressão "voz de prisão" prevista no CPP, art. 307.
- A hipótese do CPP, art. 307, objetiva impedir que alguém seja tido como preso em flagrante sem as circunstâncias caracterizadoras do estado de flagrância.
- no caso deste recurso, o acusado foi preso pela polícia, levado a delegacia, onde ouviu testemunhas descrevendo as ações criminosas que lhe foram imputadas; assinou o auto de prisão em flagrante sob assistência de advogado; foi trancafiado, denunciado e responde a processo criminal³¹.

2.3.3 – A previsão da prisão em flagrante expressa na Lei de Drogas – Lei 11.343, de 2006.

De modo específico e diverso do procedimento presente no Código de Processual Penal (CPP), os crimes previstos na Lei de Drogas (Lei 11.363/2006) devem ser investigados e autuados nos moldes especificados e enunciados na Seção I, nomeada como “da investigação”, que compreende do artigo 50 até o artigo 53 da referida legislação.

Esses crimes, não encontraram guarida no Código Penal, desse modo, foram posteriormente esmiuçados em legislação específica (do artigo 33 até o 39), frente o qual o legislador entendeu como primordial apresentar algumas minúcias quando da realização da investigação e do prazo para sua conclusão (art. 51³²).

Ainda assim, os crimes estipulados na legislação específica trouxeram a possibilidade de aplicação do flagrante, todavia, o flagrante será aquele estipulado no Código de Processo Penal o qual será aplicado de modo subsidiário (art. 48³³).

³¹ RHC829/RJ, Rel. Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 31/10/1990, DJ 19/11/1990, p. 13265

³² Art. 51. O inquérito policial será concluído no prazo de 30 (trinta) dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 (noventa) dias, quando solto.

Parágrafo único. Os prazos a que se refere este artigo podem ser duplicados pelo juiz, ouvido o Ministério Público, mediante pedido justificado da autoridade de polícia judiciária.

³³ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

§ 1º O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários.

§ 3º Se ausente a autoridade judicial, as providências previstas no § 2º deste artigo serão tomadas de imediato pela autoridade policial, no local em que se encontrar, vedada a detenção do agente.

§ 4º Concluídos os procedimentos de que trata o § 2º deste artigo, o agente será submetido a exame de corpo de delito, se o requerer ou se a autoridade de polícia judiciária entender conveniente, e em seguida liberado.

§ 5º Para os fins do disposto no art. 76 da Lei nº 9.099, de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena prevista no art. 28 desta Lei, a ser especificada na proposta.

Segundo o artigo 50 após a realização do flagrante é preciso imediata remessa para a autoridade judiciária competente.

Entretanto é preciso, por parte do Delegado de Polícia, atenção quanto aos dizeres do §1º do artigo 50, pois ele determina que para a “lavatura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea”.

Portanto, é preciso bastante cuidado durante a formalização expressa da efetivação do flagrante. Outro fator de significado ímpar apresentado na legislação é quanto ao fato de que nem todas as ações são efetivamente tratadas como delitos, ou seja, há casos em que não existirá o flagrante em atenção até mesmo ao princípio da legalidade.

Cite-se como exemplo prático a situação do autor do fato que após ser apreendido com uma pequena quantidade de droga, declara que ela era utilizada para consumo próprio ou pessoal (art. 28³⁴). Frente este momento específico, caberá à autoridade policial não efetuar a prisão em flagrante, mas apenas lavrar o termo circunstanciado de ocorrência (TCO ou TC), previsto na Lei 9.099/1995.

Desse modo, os crimes estão tipificados na Lei 11.343/2006, bem como o seu procedimento, contrapartida as hipóteses de flagrante devem obediência ao

³⁴ Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recusa o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

CPP, bem como à Lei 9.099/1995 e suas modificações posteriores.

2.3.4 – Dos procedimentos para a realização do flagrante segundo o Código de Processo Penal Brasileiro, de 1941.

A realização e formalização da prisão em flagrante devem estar em conformidade com o procedimento previsto na norma processual penal vigente ao tempo da prática do ato, assim, após a segregação realizada pelo agente ativo caberá a ele formalizar o auto de prisão em flagrante, bem como informar ao juízo competente, podendo fazer requerimentos com base nas provas colhidas no inquérito e procedendo em conformidade com a sua obrigação que é a de investigar o fato.

a) A apresentação do preso em flagrante perante autoridade competente

O artigo 304³⁵ do CPP prevê os requisitos que devem constar do auto de prisão, bem como os procedimentos a serem seguidos para a correta apresentação do preso à autoridade judicial, de igual modo discorre sobre o possível *modus* para que tenha prosseguimento o ato de constrição pessoal do agente passivo.

A respeito do dispositivo em destaque, o STJ decidiu que a ausência de assinatura do auto de prisão, pelo condutor do ato segregacionista enseja em sua mácula, nesses termos asseverou que frente “a ausência de assinatura do auto de prisão em flagrante” restou verificada que houve a constituição de uma “ilegalidade que o macula” ³⁶.

Referido posicionamento jurisprudencial guarda conotação direta com um dos direitos garantidos ao preso, qual seja, o de ter direito a saber quem efetuou sua

³⁵ Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.

§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.

§ 2º A falta de testemunhas da infração não impedirá o auto de prisão em flagrante; mas, nesse caso, com o condutor, deverão assiná-lo pelo menos duas pessoas que hajam testemunhado a apresentação do preso à autoridade.

§ 3º Quando o acusado se recusar a assinar, não souber ou não puder fazê-lo, o auto de prisão em flagrante será assinado por duas testemunhas, que tenham ouvido sua leitura na presença deste.

³⁶ HC 188.332/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 05/10/2011.

prisão, bem como os motivos para tanto.

Em outro quadrante, primando pela manutenção da prisão, a mesma Corte de Justiça decidiu que a falta das testemunhas a que alude o §2º do art. 304 não enseja vício capaz de macular o ato, assim, *in verbis*:

A teor do contido no art. 304, § 2º, do Código de Processo Penal, a falta de testemunhas da infração não impede a lavratura do flagrante, podendo os policiais que efetivaram a prisão suprir-lhes aquela falta, o que ocorreu na hipótese, sendo os seus depoimentos ratificados em juízo com observância do devido processo legal³⁷.

Deveras, se torna imperioso uma minuciosa atenção à demonstração de todos os requisitos expressamente necessários e que devem constar no auto de prisão para que não venha a ser invalidado, mediante a decretação do seu relaxamento, em posterior pronunciamento judicial.

Referida exigência é um esforço titânico por parte do agente ativo (qualquer do povo) que muitas vezes não tem o mínimo conhecimento dessas obrigações ou se recusa a assinar o auto com receio de sofrer perseguições ou represálias. Igualmente, há de se observar que o excesso de formalidades burocráticas atrapalha sobremaneira a atuação do agente público que constantemente é bombardeado com notícias de crimes e com atuações que precisa averiguar.

Não se está a dizer que a autoridade policial pode simplesmente agir ao seu “bel prazer” sem respeito ao ordenamento legal e sem demonstrar ao infrator os fatos e fundamentos da sua segregação em desrespeito aos direitos individuais, portanto, torna-se imprescindível uma análise minuciosa de cada caso, tanto da teoria e da prática quanto das provas.

Ao contrário! Como mencionado, o Direito à liberdade é a regra! A excepcionalidade é o cerceamento daquela. Máxime estando sob o palio de um estado democrático de direito. Lembrando que na história constitucional do Brasil já houve períodos em que esse direito essencial não era observado, ou mesmo desprezado.

Com efeito, o seu reposicionamento no rol dos Direitos e Garantias Individuais foi uma grande conquista do legislador constituinte de 88, e qualquer ação ou omissão que desprezasse a norma em comento seria um vilipêndio à nossa

³⁷ RHC 16.374/PA, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 05/12/2006, DJe 03/08/2009.

própria história constitucional.

- b) A comunicação à autoridade judicial e presença de advogado ou defensor público

O CPP, primando em tese por resguardar os direitos do acusado, estabeleceu em seu artigo 306³⁸ que tanto a prisão do acusado quanto o local onde ele se encontre, devem ser informados para seus familiares, para o juiz e para o Ministério Público, Defensor Público período após o qual o Delegado de Polícia tem até 24 horas para remeter o auto de prisão em flagrante ao juiz.

Igualmente, esse mesmo período de 24 horas, é determinado pelo Conselho Nacional de Justiça, por intermédio da Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015, que haverá a apresentação do preso e realização da audiência de custódia, onde se determinará a necessidade da conversão da prisão realizada em flagrante para a preventiva.

Interessante informar que no Brasil, havia uma consideração-até folclórica- de que determinado sujeito somente seria detido em flagrante, após o crime, caso o referido lapso temporal entre a conduta e a consumação da sua prisão não viesse a ultrapassar o prazo de 24 horas.

Ou seja, referido prazo de 24 horas, era considerado como condição *sine qua non* para que a prisão em flagrante fosse efetivamente válida. Entretanto, não existia embasamento legal, jurisprudencial ou doutrinário que ampare referida condição.

Talvez, em razão da imposição legal de entregar ao indiciado a nota de culpa no prazo de 24 horas, tenha gerado essa interpretação totalmente equivocada de que o flagrante (perseguição ou não) somente seria válido quando realizado nesse prazo (art. 306 e seguintes do CPP).

Na referida apresentação, deve o acusado ser inquirido se possui ou não advogado e, caso ele não informe a identidade do seu advogado, uma cópia do

³⁸ Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

§ 2º No mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas.

processo (inquérito policial) será encaminhada para a Defensoria Pública que lhe designará um Defensor Público. Insta salientar que nos estados onde não houver defensoria, o juiz de direito nomeará um defensor dativo ao réu, em obediência ao princípio da ampla defesa que vigora de forma impositiva no Brasil.

Na jurisprudência, merece destaque a conclusão do STJ que apontou o fato de que independente do advogado que o acompanhou durante a prisão e do que o acompanha na ação penal, não há que se falar em nulidade se aquele primeiro serviu tão somente na fase inicial, ou seja, quando da prisão.

O art. 306 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n. 11.449/2007, determina à autoridade policial que remeta à Defensoria Pública, no prazo de 24 horas, cópia integral do auto de prisão em flagrante, caso o autuado não informe o nome de seu advogado. In casu, não houve violação da determinação legal, pois, segundo consta dos autos, o paciente estava acompanhado por advogado no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante³⁹.

Ainda em conformidade com o artigo 306, vale salientar que o seu §2º trata da entrega da nota de culpa como requisito de validade da prisão em flagrante. Essa, por sua vez, tem a finalidade e o intuito de trazer ao conhecimento do agente passivo os fatos que fundamentam a sua prisão, bem como, quem foram os responsáveis por sua realização e o nome de todas as testemunhas.

Sobre o dispositivo, o STJ apontou que “o atraso na entrega da nota de culpa ao investigado preso em flagrante, embora constitua irregularidade, não determina a nulidade do ato processual regularmente válido. É princípio basilar do processo penal a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal”⁴⁰.

A conclusão ora externada tem por base, segundo o voto do condutor relator do processo, que o formalismo do art. 306, §2º não pode se sobrepor à certeza da imputação quando o agente for preso em flagrante, notadamente frente os casos em que se conflagra o flagrante próprio.

Em complemento, interessante ressaltar que no andrajar do Ordenamento Espanhol, a norma determina que “el plazo máximo de duración de la detención es de 72 horas (arts. 17 CE Y 520 LECrim), sin olvidar que debe durar el mínimo

³⁹ HC 224.666/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 22/03/2012, DJe 18/04/2012

⁴⁰ RHC 21.532/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 18/10/2007, DJ 12/11/2007, p. 239.

imprescindible para el esclarecimiento de los hechos y, tendencialmente, un máximo de 24 o 48 horas” (DEU, 2004, p. 207).

Consequentemente, em contrário ao que preza a legislação brasileira, cuja preocupação ao impor o prazo de 24 horas é evitar que o preso seja injustiçado, a norma processual espanhola preza pelo tempo enquanto fator imprescindível para a constatação dos esclarecimentos necessários ao deslinde do caso investigado.

2.3.5 – Do controle judicial pela autoridade judiciária após o conhecimento da prisão em flagrante.

A constrição cautelar de liberdade tem como termo inicial o momento em que o agente ativo exercita a “voz de prisão” e encontra sua extinção com a efetiva entrega do auto de prisão em flagrante para a autoridade judiciária, que deverá, nos termos do art. 310:

Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Parágrafo único. Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

Em razão de o acusado não poder aguardar o julgamento preso em flagrante, o procedimento denominado “prisão em flagrante” é concluído com a entrega do respectivo auto ao juiz competente. Dessa forma, a manutenção da prisão do acusado apenas terá vez caso o Magistrado realize a conversão para a prisão preventiva ou a temporária, contudo, a depender do caso, poderá o magistrado entender o contrário, momento em que o acusado será posto em liberdade, diante a concessão de liberdade provisória (com ou sem fiança, ou ainda sujeitas às determinadas condições), ou mediante o relaxamento de prisão.

Logo, o artigo 310 torna-se o termo final do ato que materializou a prisão em flagrante e, por outro viés, terá condições de ser o termo inicial da prisão preventiva, posto que atuará como “divisor de águas” entre o fim de um ato e o começo de outro.

Com efeito, nos moldes do inciso I, a Autoridade Judicial poderá relaxar a

prisão quando considerá-la ilegal, ou, nos moldes do inciso II convertê-la em prisão em preventiva, constituindo novo título.

Excluídas as hipóteses de prisão, é importante ressaltar ainda que o inciso III do referido artigo determina como uma das atuações do juiz a possibilidade de concessão de liberdade mediante fiança.

Igualmente, há as regras estipuladas no parágrafo único que apresenta as hipóteses do Código Penal (Dec. Lei nº 2.848/1940) em que se diz não haver crime pelo modo ou condições em que atua o agente executor do ato (art. 23, I, II e III ⁴¹).

Diante dessas circunstâncias, é facultado para a autoridade judicial colocar o preso em liberdade, momento em que poderá realizar, mediante a assinatura do agente passivo, o termo de comparecimento dele em todos os demais atos do processo.

2.4. A MATERIALIZAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL NAS DELEGACIAS DE POLÍCIA DO DISTRITO FEDERAL.

De modo procedimental este trabalho tratará sobre a atividade do Delegado de Polícia da Polícia Civil do Distrito Federal, local em que o pesquisador por ser servidor de carreira há mais de 13(treze) anos, consegue observar determinados acontecimentos e trazer à baila os fatos ali executados.

A princípio, importante salientar que grande parte das delegacias de Polícia Civil do Distrito Federal, funciona sob a coordenação de uma “central de flagrantes”.

Com efeito, em cada região metropolitana, há sub-regiões com uma delegacia de polícia para análise das situações onde houver prisões efetuadas pela própria Polícia Civil, pela Polícia Militar, pelos demais órgãos componentes da Segurança Pública, ou, até mesmo, pelo cidadão comum.

Desse modo, em cada uma dessas unidades há uma Autoridade Policial (Delegado de Polícia) previamente lotado naquele órgão ou previamente designado para substituir, segundo critérios legais, elaborados pela administração geral da polícia civil, que trabalha em regime de 12x24 ou de 12x72.

⁴¹ - Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Para tanto, cada equipe de plantão é composta por um Delegado de Polícia, quatro agentes e um escrivão de polícia.

Dessa forma, quando qualquer representante dos órgãos de segurança pública detém e encaminha qualquer pessoa presa à delegacia de polícia, os fatos que ensejaram aquele encaminhamento ou aquela prévia prisão serão narrados ao Delegado de Polícia.

Nesta diligência caberá ao delegado realizar a de colheita dos fatos, para tanto, ouvirá, em um primeiro momento, de maneira informal, o condutor do preso, ou o responsável pelo encaminhamento da situação, de forma separada e privada. Em seguida, ouvirá testemunhas, a vítima e o provável autor, pessoa física.

Após a análise desses depoimentos, bem como de materiais utilizados ou produtos oriundos do suposto delito, a autoridade policial decidirá, se a situação apresentada realmente se trata de um crime⁴².

Constatando-se a existência de um crime, será realizada a análise formal e material acerca da existência ou não de alguma das modalidades de flagrante. Caso a resposta seja afirmativa, o Delegado de Polícia tipificará a conduta de acordo com o dispositivo legal previsto no Código Penal Brasileiro ou nas demais dezenas de leis penais extravagantes em vigor. Ou seja, a tempo e com estrita observância ao princípio da legalidade que norteia o Direito Penal Brasileiro.

Por fim, decidirá de acordo com a pena abstrata prevista para o crime se é caso de lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO ou TC)⁴³ ou de lavratura de Prisão em Flagrante, com possível concessão de liberdade mediante arbitramento de fiança⁴⁴.

Contudo, havendo recusa da assinatura do Termo de Compromisso de comparecimento à audiência preliminar (caso não seja encaminhado ao juiz competente imediatamente) será lavrado obrigatoriamente, de acordo com a inteligência do parágrafo único do artigo 69 da Lei 9.099/1995, o Auto de Prisão em

⁴² Vale ressaltar que este pesquisador teve como parâmetros a questão de que a autoridade policial apenas avalia delitos, demais ilícitos são analisados na esfera jurisdicional ou administrativa.

⁴³ Para esta pesquisa o referido termo circunstanciado de ocorrência “consiste em uma investigação simplificada, com o resumo das declarações das pessoas envolvidas e das testemunhas, e eventualmente com a juntada de exame de corpo de delito para os crimes que deixam vestígios. Objetiva-se, como se infere, coligir elementos que atestem autoria e materialidade delitiva, ainda que de forma sintetizada” (ALENCAR, TAVORA, 2010, p.714). Referido instrumento procedimental foi instituído pela Lei 9.099/1995 e alterado pela lei 10.455/2002.

⁴⁴ Importante ressaltar que, perante a legislação brasileira, a autoridade policial detém competência para o arbitramento de fiança nos casos em que a pena isolada ou cumulada não ultrapasse 4 (quatro) anos de prisão.

Flagrante.

Assim, preenchidos os requisitos que autorizam a lavratura do auto de prisão em flagrante, serão materializadas as seguintes providências:

- a) Será feita a oitiva formal do depoimento do condutor pela autoridade policial, colhendo desde logo a sua assinatura ao final e entregando a este uma cópia do termo e recibo de entrega do preso. Neste, o condutor descreverá os motivos que ensejaram a ação de perseguição, caso esta se realize, mencionará a contenção e motivos que retratam a afronta à legislação penal;
- b) Serão formalizados, de igual forma, depoimento das testemunhas ou vítima (entende-se que a expressão testemunhas deverá ser interpretada, de modo amplo, pois nela se incorporará a pessoa da vítima), máxime focado no que presenciaram ou ainda ouviram dizer (testemunha direta e indireta, respectivamente)⁴⁵;
- c) Em seguida, será realizado o interrogatório do indiciado; comunicando-o, previamente, sobre o seu direito constitucional ao silêncio;
- d) Por fim, far-se-ão as devidas comunicações de praxe: apresentação da nota de culpa ao indiciado, e as demais comunicações em sentido estrito, quais sejam, ao Poder Judiciário, ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, e à Defensoria Pública.

Portanto, essas são as ações e o “*modus operandi*” da atuação policial exercida especificamente no Distrito Federal, todavia, é de primorosa dicção apontar que a adequação e obediência à legislação deverá ser feita por todo e qualquer órgão de segurança pública.

Referido apontamento ganha primazia neste trabalho, pois servirá de substrato para demonstrar um dos casos práticos e emblemáticos para este pesquisador que foi preciso atenção ao fator proporcionalidade, pois, apenas de não

⁴⁵ O procedimento da colheita de provas testemunhais estará em conformidade com o determinado pelo artigo 202 e seguintes do CPP.

haver determinações legalmente vigente, mostrou-se contundente o desencadear das ações a serem abordadas no capítulo subsequente.

CAPÍTULO III – O PRECEITO FUNDAMENTAL DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO PROCESSO PENAL.

No terceiro momento deste trabalho, o intuito é demonstrar em três momentos a visão dos Tribunais Superiores quando há a aplicação do princípio da proporcionalidade em determinado caso prático. Demonstrar-se-á a liberdade e grau de abrangência no uso deste princípio para salvaguardar o indiciado, juntamente com a visível falta de controle e limitação para sua materialidade, máxime quando ela se demonstra enquanto um dos princípios em colisão.

Para tanto, em um primeiro momento vamos perpassar pela importância dos princípios enquanto mecanismo de desenvolvimento e influência legislativa, pois juntamente com os valores de uma sociedade eles se mostram como o sustentáculo para a materialização da norma vigente.

Assim sendo, após a compreensão da importância dos princípios no sentido *latu sensu* do termo será feita a abordagem, de modo específico, acerca da relação entre o princípio da proporcionalidade e o processo penal de modo a demonstrar se há especificidades para sua incidência e quando ele pode ser invocado, além da compreensão do senso amplo e excessivamente elástico quando da sua incidência.

Em conformidade com a doutrina, o conhecimento e o raciocínio acerca deste instituto é imperioso entender e saber como os tribunais superiores vêm aceitando e decidindo acerca da efetividade e materialidade deste princípio dentro de cada caso concreto que se apresenta às suas portas.

Por fim, feita toda essa construção técnica e doutrinária acerca dos princípios, do ordenamento jurídico, da proporcionalidade, do processo penal e da visão dos Tribunais Superiores, é imprescindível terminar com a construção de uma indagação acerca do confronto entre a proporcionalidade e a prisão em flagrante, demonstrando se há arbitrariedades em sua aplicação ou se ela é proporcional e justa.

3.1 – O PRECEITO MANDAMENTAL DOS PRINCÍPIOS E SUA INFLUÊNCIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO.

O ordenamento jurídico brasileiro em sua fundamentação, ordenação sistêmica e estrutura sofreu grande influência dos doutrinadores e da corporificação do outrora denominado *corpus iuris* que alastrou suas ideias e seus ideais por quase toda parte da Europa Ocidental, não sem motivos, a doutrina fomentadora da dissertação acerca dos princípios, valores e normas ganhou tamanha visibilidade e confluência daquelas paragens.

A existência dos princípios, das normas e dos valores se avoluma de modo extremo e necessário, pois é preciso compreender qual a importância destes dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tanto quanto sua aplicação e materialidade, isso, pois, a Norma Jurídica precisa ter forma e vida na sociedade, mediante uma efetividade real.

De igual modo, os valores e as normas são imprescindíveis para o desenvolvimento legalista e técnico. Conforme demonstrado por Robert Alexy (2015), tal fato decorre primeiro pela aceitação dos valores consagrarem em sua subjetividade o sentido axiológico, ou seja, não buscam demonstrar como o ser humano deve se comportar, inexistente uma demonstração de quais são suas obrigações e as regras impostas, sua finalidade é expor aquilo que é bom.

E, segundo, pelo fato de os valores serem expostos na sociedade à medida que essa evolui e se desenvolve, com efeito os valores independem das normas e princípios para que tenham existência social, todavia, isso não impede que este possa ser incorporado àquele, tornando-se dessa forma uma regra positivada.

Ainda repousando sob as concepções do renomado autor alemão, é preciso atenção ao ponto de vista psicossocial. Nele os valores concentram relação direta e intrínseca com a moral e os bons costumes existentes em uma ordem social, ainda mais em se tratando de um estado democrático de direito. A moral e os bons costumes evoluem juntamente com as mudanças, portanto, ante o desenvolvimento de uma ordem de pessoas humanas que convivem e comungam dentro do mesmo espaço, faz-se premente a existência de alguns valores, tais como, o respeito, a parcimônia e a igualdade entre as partes.

Assim, pode-se compreender que a imposição dos valores sociais que consagram a organização social em determinado momento pode ser algo preocupante tendo em vista a constante fase de mudanças ocorridas com o desenvolvimento das cidades. De modo consentâneo, o legislador entende por bem integrar ao ordenamento apenas os valores universais, como, a preservação da

dignidade da pessoa humana, a saúde, a educação, a igualdade, dentre outros.

As normas são o preceito técnico que embasa a materialidade e a vida. É ela quem determina os atos que podem ser feitos ou tolhidos, demonstra as limitações quando houver a realização de uma ou outra ação, consagram garantias, obrigações e criam, de modo reflexo, segurança jurídica. Nesse sentido, a prática de alguns atos no nível de vida social deve ser considerada crime (pelo princípio da seletividade), pois a norma positivada conquistou vigência em um espaço e tempo adequados (KELSEN, 2001).

Logo, a norma busca determinar que as direções sociais e as políticas criminais de um estado são hábeis a estipular e determinar o dever-ser, ou seja, criam obrigações, limitações e enaltecem direitos que devem ser seguidos, caso contrário, o desviado não será devidamente penalizado por seus atos na medida dos prejuízos e danos materiais ou morais que vierem a infligir; outra importante ação da norma se refere à possibilidade de especificar o andamento dos procedimentos, de determinar requisitos imprescindíveis, prazos, meios de ação, bem como, a importância destas especificidades para cada caso.

De modo temporal, faça-se uma curta regressão ao primeiro momento deste trabalho cuja discussão voltou-se para o início da sociedade e para o surgimento das normas penais e da prisão. Na antiguidade, a prisão era uma matéria tratada em conjunto com o ramo do direito penal, inexistia uma separação entre direito processual e direito material. Apenas quando essas foram espaçadas é que a prisão se tornou um instituto meramente processual, todavia sua finalidade é proporcionar a persecução dos fins consagrados e esmiuçados no direito material.

Foi dessa forma que alguns valores sociais foram perpetuados e perpassados entre as gerações; fincaram raízes, até tornarem-se verdadeiros axiomas. Assim, com o crescimento da sociedade, houve a consagração de determinadas ideias como a proteção à vida, à liberdade, que deixaram de ser apenas um valor válido para discursos políticos e doutrinários, tornando-se um viés principiológico e, posteriormente, torna-se uma norma vigente, imposta tanto na legislação nacional como na internacional; erigindo-se ao viés *erga omnes*.

A vida humana se torna o bem de maior importância, algo que deve ser mantido e respeitado; diversas legislações foram promulgadas nesse sentido. O mundo passa a ver e sentir, seja por meio de requerimentos, da vida em comunidade, da convivência; seja por meio de reivindicações, de revoltas, lutas e

guerras. Há a necessidade da codificação e materialização de alguns valores sociais, para tanto, eles são vertidos em normas de caráter impositivo.

Igualmente após a consagração e maior proteção da vida humana, houve a necessidade de impor determinados direitos que com este comungam e se fazem sua parte indissociável: a saúde, a alimentação e, principalmente, a liberdade.

Em conformidade com o pensamento de Norberto Bobbio (2004) interpreta-se o modo como o conceito de liberdade se reparte em diversas ramificações que dizem respeito a uma variedade de ações que a pessoa humana é capaz de realizar, todavia, para nosso estudo aquele que mais nos interessa é a liberdade de ir e vir, ou seja, é poder seguir para onde se quer, é poder ir de casa para o trabalho livremente, sem prévio aviso ou autorização; é tráfegar pelas ruas, viajar, conhecer e conquistar; sem qualquer temor. Enfim, seguir sem nenhum tipo de controle ou restrição.

Ocorre que tanto os valores como os princípios são institutos utilizados na interpretação da norma legal, além de sua utilidade como base para a concretude da legislação; contrapartida, não possuem caráter impositivo com o qual se pode revestir a norma vigente.

Os princípios e valores são necessários e importantes em todo ordenamento jurídico, pois eles são construídos em conformidade com as oscilações sociais, assim cada mudança e conquista gera um direito quase sempre advindo de um valor moralmente considerado ou de um princípio.

Ao tratar sobre os valores enquanto um fato, Hans Kelsen (2001) coloca que a Justiça apesar de estar em conformidade com o seu viés lógico e semântico advindo da interpretação da norma, não poderá ser rígida e imutável, ou seja, ela deve comportar, ainda que em nível diminuto, uma flexibilidade feita com base nos “juízos de valoração”, capazes de determinar o valor atribuído a cada uma das coisas que se encontram em conflito, como, por exemplo, a liberdade e a integridade física.

Em seus escritos doutrinários (2001, p.293), pode-se destacar que:

Juízos de valor definitivo são, na maioria das vezes, atos de preferência; indicam o que é melhor em vez do que é bom; implicam a escolha entre dois valores conflitantes, como, por exemplo, a escolha entre liberdade e segurança [...] Existem indivíduos que preferem a liberdade à segurança porque se sentem felizes apenas se forem livres e, portanto, preferem um sistema social e consideram-no justo apenas se ele garantir a liberdade

individual. Mas outros preferem a segurança porque se sentem felizes apenas se forem economicamente seguros [...].

Dessa forma, para Hans Kelsen (2001), os juízos de valor são o que para Robert Alexy (2015) se configura como o sopesamento quando houver conflito entre princípios, de modo que um não deixará de existir e ambos vão continuar como parte do mesmo ordenamento jurídico, contudo, em determinado momento, haverá a sobreposição de um ao outro, demonstrando, assim, a inexistência de soberania entre os princípios ou valores conflitantes.

De maneira ilustrativa, em tempos pretéritos, não se respeitava ou impunha como imprescindível e básico o princípio da dignidade da pessoa humana, por isso, não havia a proteção voltada a toda e qualquer pessoa, sem distinção de raça, cor, sexo ou religião. A dignidade era garantida apenas aos ditos cidadãos, conceito que não incluía toda e qualquer pessoa humana.

Pouco a pouco, as construções sociais perceberam a necessidade de proteger a generalidade humana, ato que muitas vezes deve ser feito com base na diferença que reveste cada particular, pois é essa diferença que o fez e faz ser excluído ou retraído da convivência com outras pessoas, que o renega a baixas colocações sociais.

Ainda que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, em seu artigo 4º, possibilite o uso da analogia, dos costumes ou dos princípios gerais do direito sua efetividade apenas poderá ser efetiva quando houver omissão da legislação vigente e devidamente aplicável ao caso concreto.

Outro fator de suma importância, tratado por Robert Alexy (2015) é quanto ao conflito que pode haver entre princípios e normas. Quando dois princípios de mesmo nível estão em confronto, há de se sopesar o grau de afetação que cada uma das partes sofrerá. Caso apenas um deles seja aplicado ao caso concreto, todavia, isso não significa que apenas um pode servir como base. Caberá ao julgador aplicar apenas um dos princípios em total detrimento do outro ou poderá optar por fazer uma integração e aplicação conjunta de ambos.

No Brasil, ainda que um princípio seja aplicado em detrimento do outro, tal fato não impossibilita que ambos continuem tendo total vigência e manutenção no ordenamento onde ocorreu o conflito. Apenas haverá o conflito dos princípios dentro do caso concreto, ao final, ambos vão continuar vigentes e podendo ser aplicados, até mesmo de modo diverso, em outros casos quando necessário.

De modo diverso, partindo do ensinamento de Maria Helena Diniz (1998) são os conflitos entre normas. Primeiro é preciso que ambas as normas em conflito estejam vigentes na mesma ordem e contraponham o mesmo fato. Em segundo, após constatar o conflito, não cabe ao julgador optar por uma ou outra norma ou mesmo aplicá-las em conjunto. É preciso fazer um juízo de interpretação para que uma das normas seja devidamente revogada, pois ela está em desconformidade com o ordenamento jurídico.

Logo, em um conflito de normas, uma delas deixará de existir naquele ordenamento e será substituída pela outra, por conseguinte, nunca haverá a vida conjunta de normas conflitantes, sob o risco de a sociedade perder a fé e confiança no ordenamento sistemático.

Tenha como exemplo a prisão em flagrante, que durante muito tempo não era assim denominada e não possuía regras específicas e taxativamente determinadas, assim, caso houvesse uma norma que conflitasse com a legislação vigente quanto aos requisitos desta modalidade de prisão, esse conflito precisaria ser devidamente defenestrado, fator que provavelmente acabaria por gerar a revogação de uma das leis em sua integralidade ou apenas na parte conflitante.

Percebe-se que os princípios são fundamentais no desenvolvimento e na aplicação prática da legislação vigente, não é sem motivos que a doutrina os considera como fatores deontológicos, uma vez que a sua finalidade é a de criar e determinar tanto deveres quanto direitos a algo. Igualmente também pode compreender a ideia de uma proibição ou de uma permissão a depender do seu conceito mandamental (ALEXY, 2015).

Isso se deve em razão de alguns princípios acabarem sendo erigidos nas legislações e se reverterem do caráter impositivo de norma, capazes, por isso, de embasar todo o ordenamento e as ações que vão ou devem ser realizadas em um determinado momento, como, por exemplo, o princípio da celeridade processual que determina a razoável duração de todo e qualquer processo para, em tempo hábil, apontar um resultado para aquela levada junto ao Poder Judiciário.

De modo igual, é a legislação penal e processual penal que encerra em seu interior uma quantidade finita de princípios basilares não somente ao andamento do processo, mas também, primordiais para a aplicação e finalidade das penas, a efetivação e validade da prisão, o andamento dos processos e dos procedimentos, seja na ordem processual ou administrativa (BITENCOURT, 2018).

Logo, os princípios são essenciais para o andamento e funcionamento da sociedade, tanto para o aperfeiçoamento do próprio Direito em todas as suas ramificações, quanto para sua máxima utilidade no âmbito de criação das normas. São mandamentos que buscam aperfeiçoar a legislação vigente e trazer uma aplicação mais consentânea e balizada com a ordem jurídica consagrada pela Constituição Federal, seus princípios, objetivos e valores.

Demonstrada a importância dos princípios, sua influência e aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro é preciso ter em mente o seguinte questionamento, que será posteriormente tratado, os princípios podem criar proibições em sua aplicação? No caso concreto, o princípio poderá ser utilizado para prejudicar uma das partes?

3.1.1 – O princípio da proporcionalidade e sua aplicação no processo penal brasileiro.

O tratamento construído de modo *lato* sobre os valores, regras e princípios foi feito dessa forma, pois o intuito foi demonstrar a sua importância e influência dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro. Logo, não se tratou sobre as minúcias que envolvem esses institutos, tanto menos o modo como se difundiram ou as controvérsias que englobam, outrossim, se torna primordial tratar sobre a sua aplicabilidade e incidência, especificamente em nosso objeto de estudo, o processo penal e o instituto da prisão em flagrante.

Em que pese o princípio da proporcionalidade emane seu lastro e efeitos por todo o ordenamento jurídico, uma vez que ele pode ser aplicado em qualquer dos diversos ramos do Direito em razão da sistemática por trás da estrutura jurídica, sua observação, nesse momento, terá como foco a sua relação de causa e efeito para com o processo penal.

Um dos valores primordiais que se buscou consagrar com a criação e determinação do referido princípio foi a supremacia da democracia e da ordem em relação ao Estado Democrático de Direito. Sua evolução e propagação tiveram como anseio o intuito de suplantar os excessos que eram praticados pelos entes superiores componentes de todo e qualquer órgão atuante dos três poderes; houve a necessidade de cuidado e proteção com a pessoa humana que estava sob a égide do Estado.

Em atenção às determinações Constitucionais, percebe-se que o poder supremo de cuidar, ordenar, governar e controlar se encontra nas mãos dos órgãos estatais que atuam conforme os princípios e objetivos da formação de um organismo igualitário; unitário. Portanto, o princípio da proporcionalidade tem o viés de balancear, ou seja, ele vai construir uma punição adequada para aquele ato que foi praticado de maneira exorbitante, em contrariedade às suas bases de razoabilidade e proporcionalidade.

Por essa razão, toda e qualquer pessoa (física ou jurídica) deverá ser devidamente responsabilizada pelo ato que praticar, contudo o nível dessa responsabilidade deve ter como balizador a correlação entre o ato que foi praticado, o nexo de causalidade e a consequência (resultado). De modo proporcional, não se deve punir no mesmo nível e no mesmo sentido uma pessoa que furta uma caneta ou um lápis e a pessoa que rouba um celular, um carro ou uma casa.

Logo, não é apenas a construção de um conceito de crime, de agente ativo, agente passivo, de prisão e de pena. É preciso erigir a legislação sob os ditames de princípios balizadores que vão agregar e auxiliar no modo de aplicação e atuação, não apenas daquele que aplica o direito ao caso concreto, mas também daquele que vai legislar, doutrinar, estudar, enfim, de qualquer aplicador do direito. As bases devem garantir o desenvolvimento e a evolução humana e racional da sociedade.

Conforme o ensinamento de Fernando Capez (2012), o princípio da proporcionalidade, como é chamado na Ordem Jurídica Brasileira, encontra suas principais raízes originárias no Direito Alemão, do qual herdou sua nomenclatura. Portanto, após sua adoção pela doutrina e a jurisprudência brasileira, o referido princípio da proporcionalidade é compreendido pela ação de interpretar e aplicar a legislação correlata ao caso concreto desde que a medida utilizada seja devidamente adequada e não útil como meio arbitrário de violar os direitos e garantias fundamentais.

Ainda que o princípio da proporcionalidade não prenote nenhuma referência explícita, já há o entendimento pacífico de que a sua materialidade se consagra de modo implícito em virtude dos outros princípios, mandamentos, regras, equidade e moralidade que embasam todo o ordenamento jurídico e a realidade social.

Foi na Alemanha, no período do pós-guerra, que se desenvolveu a chamada teoria da proporcionalidade (*Verhältnismässigkeitsprinzip*). De acordo com essa teoria, sempre em caráter excepcional e em casos extremamente graves, tem sido admitida a prova ilícita, baseando-se no princípio do equilíbrio entre os valores contrastantes (admitir uma prova ilícita para um caso de extrema necessidade significa quebrar um princípio geral para atender a uma finalidade excepcional justificável). Para essa teoria, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos é um princípio relativo, que, excepcionalmente, pode ser violado sempre que estiver em jogo um interesse de maior relevância ou outro direito fundamental com ele contrastante. É preciso lembrar que não existe propriamente conflito entre princípios e garantias constitucionais, já que estes devem harmonizar-se de modo que, em caso de aparente contraste, o mais importante prevaleça (CAPEZ, 2012, 368-369).

De modo diverso, sem com ele se confundir, o mesmo autor aborda acerca do princípio da razoabilidade. Este, por sua vez, teve origem na doutrina do *commow law* dos Estados Unidos da América e diz respeito aos momentos de dicção judicial, pois guarda relação direta com os fundamentos da sentença proferida pelo próprio magistrado, a qual deve guardar conformidade frente os valores, a moralidade e os princípios que regem o ordenamento legal.

Desse modo, o princípio da proporcionalidade apesar da sua análise apenas quando há o devido processo legal, não se confunde com a existência da ação, do processo ou do procedimento, quão pouco com a razoabilidade, pois ele pode ser invocado a todo e qualquer momento com base nas ações que foram praticadas em confronto com determinado direito fundamental.

Após o fim das duas grandes guerras que assolaram e atormentaram todas as nações do mundo, houve maior percepção da importância de uma legislação suplantada por princípios capazes de proteger os direitos fundamentais da pessoa humana contra os excessos que poderiam e podem ser praticados pelos Poderes do Estado, seja de modo direto ou indireto.

O foco desse estudo é o princípio da proporcionalidade que guarda relação direta com o modo de interpretação para posterior aplicação de determinada norma, logo, ele será analisado dentro de cada caso concreto, seja para sopesar a atuação do agente público, ou seja, analisar os meios empregados para determinado fim, evitando os excessos, ou para se relacionar o conflito entre dois princípios, podendo determinar qual deles guarda maior similitude com os direitos fundamentais violados ou selecionados.

Nesse sentido, é importante apontar o entendimento de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2010, p.68) acerca de duas questões de fundamental

importância para a efetiva insurgência do princípio da proporcionalidade, é preciso (i) sopesar a aplicabilidade quando houver conflito entre princípios e (ii) evitar os excessos praticados pelos agente estatais, pois:

O campo de atuação do princípio da proporcionalidade é polarizado. Tem-se admitido que ele deve ser tratado como um “superprincípio”, talhando a estratégia de composição no aparente “conflito principiológico” (ex: proteção à intimidade *versus* quebra de sigilo). Por sua vez, deve ser visto em sua faceta da *proibição dos excessos*, limitando os arbítrios da atividade estatal, já que os fins da persecução penal nem sempre justificam os meios, vedando-se a atuação abusiva do Estado ao encampar a bandeira do combate ao crime.

Deste modo, ainda que se mostre como um dos princípios ordenadores da base jurídica, a proporcionalidade acaba servindo como delimitador quando há conflito entre os próprios princípios. Referida importância e incidência não o tornam superior aos demais, conforme apontado não há hierarquia entre os princípios que são um ingrediente integrante do ordenamento pátrio.

O Estado gera para si a dupla atuação de aplicar a norma penal ao caso concreto buscando sempre seguir os caminhos dos princípios e das regras, para tanto cabe a ele cuidar do correto treinamento daqueles que estão à frente dessa persecução penal.

Contrapartida, ele também deve cuidar para que a integridade física destes seja resguardada ou esteja devidamente assegurada, logo, a proporcionalidade atua para cuidar e proteger a pessoa humana, não apenas para evitar os excessos por parte do ente estatal, mas para resguardar seus próprios agentes, bem como o agente praticante do ato.

Conforme ressaltado, seu ramo de maior afinco e similitude é no Direito Constitucional, todavia tanto o Direito Penal quanto o Processo Penal acabam se valendo de sua aplicação justamente pelo fato do que constroem dentro da sociedade, seja na realização e no modo de se consumir uma prisão ou na incidência das penas.

Por intermédio dessa colocação, prenota se que a sua incidência ganha uma conotação de caráter supremo, primeiro por servir como parâmetro para determinar o nível das penas e seus efeitos, e segundo para resguardar o costume do que deve ser feito pelos agentes para evitar o excesso.

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, o princípio da proporcionalidade

quando invocado frente determinado caso concreto, seja em sede de defesa, seja em sede de acusação, deverá ser confrontado ante a consideração de “três máximas parciais”, também considerados como subprincípios, quais sejam, o “da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito)” (ALEXY, 2015, p. 116-117).

Ressalte-se ainda que para o referido autor se mostra necessário segregar as máximas do princípio da proporcionalidade (sentido amplo) de modo que vão ser delimitadas quanto àqueles momentos que estão dentro das possibilidades jurídicas e quanto àqueles momentos que estão em conjunto com as possibilidades fáticas.

Assim, as possibilidades jurídicas estão diretamente ligadas com a máxima da proporcionalidade (sentido estrito), cujo intuito é otimizar as opções postas à frente do julgador, seja a legislação, os princípios, os valores, a equidade ou qualquer outro meio de sentenciar. De modo diverso, as possibilidades fáticas estão intimamente ligadas com as máximas da necessidade e da adequação cujo objetivo é analisar o contexto do caso concreto dentro de um parâmetro mínimo de aceitação e possibilidade.

Doutrinadores, como Robert Alexy (2015), Fernando Capez (2012) e Nestor Távora; Rosmar Rodrigues Alencar (2010) defendem a ideia de que o princípio da proporcionalidade concentra uma característica de interpretação em sentido amplo, ou seja, é a necessária aplicação do seu mandamento frente o caso concreto, contudo desde que observados as suas máximas proporcionais. Enquanto, em sentido estrito, há a proporcionalidade analisada como o terceiro requisito para determinar a efetiva comparação entre as vantagens e desvantagens advindas do ato que foi praticado.

Por sua vez, Robert Alexy (2015) aponta ainda que na máxima da proporcionalidade há uma avaliação entre as possibilidades jurídicas, de modo que alguma opção terá que ser escolhida quando houver um posicionamento frente o caso concreto, portanto, é preciso observância quanto às vantagens e desvantagens seja na nulidade do ato outrora praticado ou na sua manutenção, havendo a possibilidade de uma intermediação, ou seja, aplicar parcialmente ambas as hipóteses desde que seja mais vantajoso.

Logo, é importante ressaltar e apontar que o procedimento penal seja em

sede administrativa ou processual acaba por ser diverso em cada caso concreto, principalmente quando se analisa a atuação policial ante a colheita de provas, ação essa que acaba engessada de modo prejudicial, pois muitas vezes o agente se queda inerte pelo excesso de formalismo, de apego as normas, enquanto as provas se perdem ou são destruídas, deterioradas.

E, mesmo ele agindo fora do que determina a norma expressa para manter as provas que podem se perder com o tempo essas provas podem ser invalidas pelo modo como foram construídas.

Tomemos como exemplo uma pessoa que está sendo acusada do crime de homicídio, e que ela alega ser inocente, não obstante ela não consegue trazer provas materiais que provem aludida colocação, pois não há nenhuma prova; nesse mesmo caso, suponha-se que o acusado saiba quem é o autor do crime e de modo ilícito tome para si a correspondência ou vídeos privados (única prova) em que ele vem a se declarar culpado do crime, apontando o *modus operandi*, onde se encontram as armas do crime, bem como outras minúcias do caso.

Nesse caso, a prova ilícita vai ter validade dentro do Ordenamento Jurídico Brasileiro? Ante a simples observância técnica e legal do caso, a prova adquirida foi feita de modo ilícito, portanto, ela é considerada ilegal.

Contudo, ao considerar que ele demonstra a realidade concreta daquele caso em exame, estar-se-ia frente um conflito entre dois princípios constitucionais, o princípio da liberdade e o princípio da inviolabilidade de correspondência, ou seja, caberia ao Magistrado fazer uma comparação ante este conflito ao decidir pela aceitação ou não da prova apresentada no processo.

Acerca dessa questão, vale o posicionamento do emérito doutrinador, Alexandre de Moraes (2003, p.97):

Saliente-se, porém, que a doutrina constitucional passou a atenuar a vedação das provas ilícitas, visando corrigir distorções a que a rigidez da exclusão poderia levar em casos de excepcional gravidade. Esta atenuação prevê, com base no Princípio da Proporcionalidade, hipóteses em que as provas ilícitas, em caráter excepcional e em casos extremamente graves poderão ser utilizadas, pois nenhuma liberdade pública é absoluta, havendo possibilidade, em casos delicados, em que se percebe que o direito tutelado é mais importante que o direito à intimidade, segredo, liberdade de comunicação, por exemplo, de permitir-se sua utilização.

Referida análise, ao levar em consideração o princípio da proporcionalidade, torna a prova “ilícita” válida e efetiva, pois, ao considerar os

direitos fundamentais frente o caso suprarreferido, a liberdade possui um grau de importância e soberania maior que o da violação de correspondência, portanto, ele deve prevalecer; contudo, para isso, é preciso que a prova ilícita seja devidamente aceita no curso do processo.

Corroborando esse posicionamento, importante apontar que o próprio Superior Tribunal Federal Brasileiro, no ano de 2001, permitiu a existência e manutenção de uma prova ilícita, mesmo sendo a única contundente a servir para garantia da liberdade.

Acerca dessa decisão, segue a íntegra do que foi apontado acerca deste no informativo nº 248:

Julgando habeas corpus impetrado contra acórdão do STJ, a Turma, preliminarmente, conheceu do pedido por entender cabível o habeas corpus para impugnar a inserção de prova ilícita em procedimento penal, uma vez que, de tal procedimento, pode advir condenação a pena privativa de liberdade. Impugnava-se, na espécie, a gravação de conversa informal do paciente em delegacia policial, na qual o mesmo teria revelado seu envolvimento no tráfico de entorpecentes, bem como a gravação, por policiais, de conversa telefônica do paciente com terceiro, supostamente envolvido em quadrilha relacionada ao fornecimento ilegal de armas a traficantes de drogas. No mérito, considerando o fato de que o paciente encontrava-se ilegalmente preso (sem mandado judicial) no momento em que as mencionadas provas foram realizadas e, ainda, que a alegada conversa informal de dera sem que a autoridade policial cumprisse as formalidades exigidas para o interrogatório do indiciado (CPP, arts. 6º, V, e 185 a 196), nem advertisse o paciente do privilégio contra a auto-incriminação (CF, art. 5º, LXIII), a Turma deferiu em parte o writ para determinar o desentranhamento dos autos do inquérito policial das duas fitas relativas às gravações e dos documentos que as transcreveram. Precedentes citados: HC 79.191-SP (RTJ 171/258), HC 80.100-DF (DJU de 8.9.2000), HC 80.420-RJ (julgado em 28.6.2001, acórdão pendente de publicação, v. Informativo 234) e HC 70.277-SP (RTJ 154/58). HC 80.949-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 30.10.2001. (HC-80949).

Um dos grandes parâmetros de discussão no Ordenamento Jurídico Brasileiro é a incidência do princípio da proporcionalidade para prejudicar o réu ou indiciado quando há o conflito entre dois princípios ou quando houve a aplicação de determinada norma que atente contra seu direito fundamental. Afinal, a proporcionalidade pode ser utilizada para prejudicar aquele que é processado ou apenas pode beneficiar seu caso e sempre estar em conformidade com a sua liberdade?

O princípio da proporcionalidade tem especial aplicação no direito processual penal, tal como se dá na disciplina legal da validade da prova.

Se a utilização do princípio da proporcionalidade em favor do réu para o acatamento de prova que seria ilícita é pacífica, essa mesma utilização contra o réu para o fim de garantir valores como o da segurança coletiva é bastante controversa no Brasil (ALENCAR; TAVORA, 2010, p.68).

Diante o exposto, é preciso avaliar que a liberdade, ainda que seja um princípio que guarda máxima relação com a dignidade da pessoa humana, não é supremo. Pode-se interpretar o fato de um princípio poder ser limitado em suas garantias e especificidades quando em confronto com outros princípios, por isso, a proporcionalidade deve analisar justamente este conflito para cada caso concreto.

O importante em cada caso é a percepção de quais os reais conflitos existentes dentro daquele processo ou procedimento (questões micro e macrossociais). Imperioso se torna verificar por qual motivo a atuação dos agentes ocorreu daquela forma. É necessário confrontar o que foi feito sem uma visão preconcebida de que foi algo arbitrário com o fito de culpabilizar e “plantar” ou “criar” provas, não se cabe defender a apresentação de provas ilícitas ou obtidas por tais meios, todavia, é imprescindível confrontar o caso prático com a segurança jurídica e com a segurança da sociedade.

Principalmente no procedimento penal, pois as ações, ainda quando descritas na legislação pátria, nem sempre conseguem ser iguais e simetricamente como bem aponta a legislação material ou processual, desse modo é preciso uma interpretação e observação conforme o caso em contenda. Nenhum princípio ou garantia tem caráter absoluto capaz de aniquilar os demais (CAPEZ, 2012).

O engessamento da atuação policial, bem como a constante construção formalista, impede que as provas sejam devidamente colhidas quando em perfeito lineamento legalista e impositivo.

Óbvio que a expansiva abertura de atuação, sem nenhum tipo de controle, pode prejudicar o indiciado ou investigado permitindo ilicitudes e ações deturpadoras dos preceitos de dignidade humana, logo, a proporcionalidade serve justamente como parâmetro para resolver casos em que determinadas práticas colocam em conflito princípios de igual valoração (liberdade *versus* segurança pública).

É certo que a vida em sociedade é repleta de atos que podem casualmente ser determinados e atos que são indeterminados, que fogem à compreensão e previsão de toda e qualquer pessoa comum. Não se pode, na

natureza, impor que determinada alteração em sua estrutura trará apenas uma ou outra mudança, tudo diz respeito ao desconhecido e com ele se comporta na criação das normas limitadoras, restritivas ou garantidoras de todo e qualquer direito fundamental.

O intuito da legislação é traçar caminhos lógicos e possíveis para quando houver a percepção e o encontro com lacunas ou obscuridades na legislação, contudo, nem sempre, essas “saídas intermediárias” devem ser aplicadas e pronunciadas apenas para beneficiar ou defender aquele que está na iminência de ser penalizado ou punido de alguma forma, ou seja, é preciso construir instrumentos jurídicos com capacidade para flexibilizar (de modo proporcional) a aplicação da legislação quando houver essa necessidade (BECCARIA, 2011).

Há quem defenda, no âmbito do Ordenamento Jurídico Espanhol, o fato do princípio da proporcionalidade ser o regente de todo esse agrupamento jurídico. Nessa esteira, o autor Joan Queralt Jiménez (2007), reforça essa ideia apontando a necessidade de se analisar os bens em jogo ante a análise deste princípio, uma vez que ele se mostra como uma das exigências do Estado Democrático de Direito. Afirma ser “del Estado, que no se contenta con declaraciones formales mínimas, sino del Estado, que busca la efectiva realización de los postulados juridico-políticos que le animan” (p.126, 2007).

Deste apontamento e ante a interpretação dos outros autores referenciados pode-se apontar que o princípio da proporcionalidade, mesmo sendo de suma importância à melhor aplicabilidade da norma não deve ser fundamento ou emplastro para, primeiro, impor ou exigir excessos burocráticos e, segundo, para servir enquanto (pseudo) “*habeas corpus*”.

Quando o autor declara que “no se contenta com declaraciones formales mínimas” nos remete à ideia e concepção de inúmeros documentos e imagens, o máximo possível de excertos burocráticos. Exigências que, no mais das vezes, prejudicam o efetivo trabalho policial.

A atuação policial já é extenuante e assoberbada de determinações legais, portanto, não se cabe a defesa de ações arbitrárias ou eivadas de excessos por parte dos agentes de segurança pública, entretanto, exigir, num curto espaço de tempo, para um agrupamento diminuto, inúmeras questões burocráticas e muitas das vezes desnecessárias é prejudicial e extenuante.

No que concerne ao segundo ponto, a proporcionalidade deve deixar de ser, no Ordenamento Jurídico Brasileiro, uma salvaguarda apenas à pessoa indiciada ou investigada. Ele deve ser utilizado sem subjetivismos ou pré-conceitos, sua finalidade é sopesar medidas na busca pela efetividade, não libertar ou garantir a liberdade daquele outrora autuados em flagrante.

Sequencialmente, em atenção ao raciocínio de Hans Kelsen (2001, p. 341) há condutas e atos praticados na vida, no caso concreto, que não são feitos com o intuito de estarem em contrariedade com a legislação, com o ordenamento jurídico, quanto menos de atentar contra sua supremacia ou imposição legal. Ocorre que determinados atos, ainda quando estipulados e exigidos na lei, caso venham a ser minuciosamente consumados, tornam a concretude inexistente, ou impedem o resultado final; não obstante, essa falta, quando especificada e necessária, não retira a imposição e a validade da norma, pois “esse não-cumprimento não deve ser interpretado como uma exceção à sua validade”.

Logo, a comparação entre os princípios não deve colocar-se sempre um em prol do outro, ininterruptamente a proporcionalidade acaba sendo utilizada apenas em benefício do réu ou indiciado.

Há uma enorme tendência em se tornar escuso tudo que foi construído e agrupado até o presente momento daquela persecução penal, fato que coloca em liberdade aquele que deveria ser devidamente reeducado por um sistema prisional, o qual infelizmente é, no presente, falho e decrépito.

Concluí-se que o proporcional não torna nenhum princípio detentor de uma inviolabilidade ou supremacia intrínseca, de tal modo que não possa sofrer delimitação ou restrições quando há um conflito palatável e visível. De modo detalhado, sua observância sempre deve ser feita ante a observância dos subprincípios que compõe o princípio da proporcionalidade, pois só eles são capazes de determinar se os efeitos daquela ação devem ser mantidos ou retificados.

3.2 – A VISÃO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES ACERCA DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

De modo consentâneo e enquanto fundamento, é preciso perpassar a visão e interpretação que os Tribunais Superiores, tanto o Supremo Tribunal Federal (STF), quanto o Superior Tribunal de Justiça (STJ), têm feito quando da incidência

do princípio da proporcionalidade⁴⁶ dentro da aplicação das normas imperativas. Ambos se tornam essenciais, pois a Suprema Corte cuida diretamente dos preceitos Constitucionais, portanto, dos direitos e garantias fundamentais, entre outros; enquanto o STJ cuida do respeito à legislação em âmbito federal.

Essa observância encerra um caráter de liame, pois são os órgãos superiores do Poder Judiciário que determinam o modo de interpretação, criam particularidades jurisprudenciais, apresentam súmulas e requisitos para a validade de determinados atos quando confrontados com as aplicações e validade das normas.

São eles, em razão da competência e estrutura estipuladas na Constituição Federal, que determinam a última palavra sobre referido assunto e permitem a incidência de um parâmetro que gera a segurança jurídica para os casos que se equiparem àquele outrora julgado e decidido. A segurança jurídica se torna essencial para o cuidado e a defesa com as pessoas, com a ordem social, jurídica e econômica.

O primeiro caso concreto em análise se trata de um Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 146.977, no STF que foi apresentado pela Defensoria Pública. Seu intuito era o de alcançar a reforma de uma sentença que sob os seus dizeres atentava contra os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que a pena-base foi instituída muito acima do mínimo legal, portanto, para o órgão o ato do juiz de primeira instância não deve permanecer, pois foi feito apenas com base “nos maus antecedentes do paciente”.

O Ministro Gilmar Mendes que atuou como relator do processo declarou que não concordava com as alegações impertinentes apresentadas pela defesa, seus dizeres se tratam de mero inconformismo com a vergastada decisão de primeiro grau.

Asseverou ainda que a jurisprudência da Suprema Corte é pacífica no sentido:

[...] de que, no exame da dosimetria das penas pelos tribunais superiores, compete a eles somente o controle da legalidade e da constitucionalidade

⁴⁶ A título de delimitação e objetividade, o presente trabalho, ainda que não faça uso ou aponto o princípio da presunção de inocência, faz uso do seu sentido, como sendo o princípio da não culpabilidade de modo que o agente passivo da prisão somente poderá ser considerado como reincidente quando já houve trânsito em julgado e desde que referida condenação não tenha ultrapassado o seu período depurador. Ademias, referido princípio não foi mais profundamente, pois não se encontra diretamente concatenado com a finalidade do referido trabalho.

dos critérios empregados, com a correção apenas de eventuais decisões teratológicas e arbitrárias, que violem frontalmente dispositivo constitucional, o que não ocorre no presente caso.

Em sequência, aponta que não há desproporcionalidade na decisão proferida, pois, é possível que o Magistrado de primeiro grau utilize certa dose de discricionariedade ao determinar a fixação da pena-base, logo, sua posição de escolha dos antecedentes criminais, não alcançados pelo período depurador, está em total conformidade com os preceitos legais.

Nesse caso, em específico, é importante ressaltar o modo como o princípio da proporcionalidade é utilizado pela defesa no intuito de evitar o aumento de incidência da pena-base para a definição do crime que é processado em apartado e independe das outras condenações, todavia, na sentença houve o aumento da pena-base pelas particularidades da parte processada que ostentava inúmeras condenações, sendo inclusive nomeado de “profissional do crime”.

Assim, a proporcionalidade no referido caso, trata o modo de atuação do Magistrado de primeiro grau que proferiu uma sentença condenatória. Em seu livre convencimento entendeu por bem aumentar a pena-base de uma condenação, isso, afetou diretamente a liberdade de ir e vir do acusado, entretanto, essa atuação não foi feita de modo arbitrário e desproporcional, pois, o Magistrado considerou a vida pregressa do acusado, assim, dentro das possibilidades legais e da contínua reincidência optou, de modo discricionário, pelo aumento do tempo de sua punição.

O segundo caso (Petição nº 7.346, do distrito Federal) analisado, foi julgado pela Segunda Turma do Egrégio STF. De modo sintético, o caso diz respeito a uma decretação de prisão preventiva que substituiu de modo mais ferrenho a medida acautelatória da custódia domiciliar pela prisão preventiva proferida após uma denúncia anônima e descoberta de objetos (dinheiro) que comprovam a reiteração delituosa.

Ocorre que o crime em análise é o de lavagem de dinheiro, destaca o requerente, Geddel Quadros Vieira de Lima, por intermédio de seu advogado, buscou desconstituir a validade e proporcionalidade da prisão cautelar. Todavia, o STF negou provimento ao agravo regimental, por unanimidade, sob os dizeres de que dentro do quadro apresentado a medida se mostrava necessária, adequada e proporcional (sentido estrito).

Fato este em fiel conformidade com os preceitos da proporcionalidade,

pois, dentro do contexto apresentado, após ser recolhido à custódia domiciliar pela possível constatação da prática do crime de lavagem de dinheiro, houve uma denúncia anônima e após foi encontrada vultosa soma de dinheiro em imóvel de sua propriedade, assim, após a constatação de sua participação e dentro do contexto fático-probatório, vislumbrou-se a necessidade de seu encarceramento.

Assim, a prisão preventiva, nesse segundo caso em análise, foi decretada e validada frente descoberta da continuidade no crime de lavagem de dinheiro, pois, nos dizeres do voto do relator, Ministro Edson Fachin, põe-se que:

[...] em outras palavras, significa afirmar que a reiteração delitiva coexistiu à custódia domiciliar, porquanto o agravante, mesmo com restrições à sua liberdade de locomoção, manteve em atividade suposta estratégia criminosa, mediante a ocultação de vultosa quantia em dinheiro acondicionado em malas e caixas, diretamente depositados em imóvel próximo à sua residência, onde, como dito, encontrava-se confinado por ordem judicial.

Prontamente, ao considerar que as medidas cautelares diversas da prisão são aplicadas com base na proporcionalidade entre a restrição da liberdade e o fato praticado perceptível asseverar que a decisão de custódia domiciliar se mostrava necessária e adequada, todavia, frente à descoberta de que o requerente vinha dando continuidade no ato delituoso imperioso se mostra a necessidade de tornar mais severa a punição, portanto, a prisão com total restrição da liberdade se mostra totalmente em conformidade com o princípio da proporcionalidade.

Em âmbito de incidência da Legislação Federal e considerando a atuação do STJ, foi realizada a análise do julgamento do Habeas Corpus nº 446.649 (processo originário de São Paulo), e do Recurso em Habeas Corpus nº 99.073 (processo originário de Minas Gerais). Em ambos os casos o paciente e o recorrente, respectivamente, estavam presos. Logo, o intuito era o de fazer valer o direito de liberdade dos réus.

No primeiro processo, que esteve sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, houve o entendimento da inexistência de razão para manter a prisão preventiva do acusado nos moldes apresentados no caso concreto e frente os motivos ensejadores de sua prisão.

Ocorre, pois, que o paciente tinha sido preso por posse de substâncias entorpecentes, contudo, por ser encontrado em local onde o tráfico de entorpecentes era comum ele foi posto em reclusão por se acreditar que ele participava do tráfico

naquelas redondezas.

Ressaltou o Ministro que até o presente momento não há fatos probatórios que comprovem a participação do paciente no tráfico de entorpecentes, tanto que ele foi encontrado com uma pequena quantidade de substâncias e apontou que estas lhe serviam ao próprio uso, dessa forma, considerando as minúcias do caso a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, elencadas no artigo 319 do CPP, são satisfatórias.

De modo diverso, esse caso demonstra que não seria proporcional manter a absoluta restrição da liberdade pelas particularidades apresentadas, primeiro, pois a quantidade de entorpecentes encontrada era mínima, segundo, o paciente apontou que as substâncias serviam ao seu uso pessoal e, terceiro, não houve o emprego de nenhum tipo de violência ou grave ameaça que o tornem um risco à ordem pública.

Contrariamente, no segundo caso apresentado, a defesa também buscava a liberdade do réu, pois a sua prisão em flagrante fora convertida em prisão preventiva, advogavam que a medida não estava em conformidade com a dignidade da pessoa humana, além de contrariar o princípio da proporcionalidade, pois para o caso era cabível a aplicação da pena restritiva de direito.

No julgamento, o relator, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, indeferiu o pedido de liminar para que o recorrente fosse posto em liberdade sob o dizer de que a restrição absoluta da liberdade de modo preliminar e provisório pode ser realizada com base na gravidade concreta do delito, aponta ainda que o acórdão combatido fundamentou de modo claro, concreto e suficiente a necessidade de manutenção da medida.

De modo mais concreto, o paciente teve a ele imputado a prática do crime doloso que é punido com a pena de reclusão, além da possível incidência da agravante de ter praticado o fato em concurso de pessoas e com o emprego de arma de fogo. Ademais, é declarado que se praticou diversos assaltos sequenciais e 9 (nove) celulares foram encontrados com os autores. Imprescindível ressaltar que em sua vida pregressa há outras condenações, portanto, ele é reincidente, fato que torna real o risco da reiteração delitiva.

No referido caso, após estudo de suas circunstâncias e especificidades, bem como da vida pregressa do recorrente, é compatível manter a sua absoluta restrição da liberdade, ou seja, a medida é totalmente proporcional. Primeiro, pois é

uma possibilidade legal mantê-lo em cárcere de modo provisório até o julgamento final, segundo, pelo fato das circunstâncias do crime que lhe é imputado, e, terceiro, pelo fato de na vida pregressa, ele já ter sido punido por diversos outros delitos e nenhum deles ter surtido o efeito ressocializador. Nesses moldes, a sua liberdade coloca em risco a segurança das pessoas e da ordem pública.

De modo definitivo, é importante ressaltar que ambos os tribunais podem ser demandados a se manifestar acerca da aplicabilidade do princípio da proporcionalidade, seja pela crença de que determinada medida foi desproporcional e está ferindo direitos fundamentais da pessoa humana, seja para que se busque a validade de provas adquiridas de modo ilícito, logo, não há um parâmetro para que se invoque ou se demande frente o Poder Público quando invocado o princípio da proporcionalidade.

Entretanto, quando dos julgamentos que foram estudados e observados há sempre, por parte do julgador o cuidado na análise dos requisitos e das máximas valorativas que acompanham o princípio da proporcionalidade, todavia, percebe-se a prejudicialidade da falta de parâmetros para que se exponha apontamentos com base no princípio da proporcionalidade, fato este que possibilita a incidência de arbitrariedades e abarrotamento processual.

Em deslinde, ressalta-se a escolha desses casos específicos, pois tratam de modo aberto e claro sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, bem como, todos acabam por trazer algum ponto ou assertiva acerca da prisão em flagrante, portanto, permitem a compreensão de que referido princípio é utilizado, todavia, sua delimitação inexistente, permitindo a interposição de inúmeros processos para buscar a liberdade de pessoas presas, enquanto pouco ou quase nenhum se observa com o uso deste mesmo princípio para tornar mais dura a pena.

Igualmente, vale ressaltar que a finalidade deste trabalho se encerra ante a análise e o compreender da visão dos Tribunais Superiores, não há intenção de esgotar todo o tema ou construir dados analíticos que demonstrem o uso deste princípio como fundamento para a ação.

3.3 – A PRISÃO EM FLAGRANTE E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

Neste capítulo foi possível a construção do que possa significar o princípio da proporcionalidade, bem como, se possibilitou a visão e percepção

daquilo que os Tribunais Superiores consubstanciam sobre este instituto, no entanto, ainda resta um recorte de caráter fundamental, qual seja, compreender a incidência deste princípio quando da realização da prisão em flagrante.

Para tanto, o intuito primordial da parte final desta etapa é o de trabalhar com o questionamento de se a prisão em flagrante nos moldes como ela foi criada e inserida pela legislação brasileira está em desconformidade com as máximas da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No transcorrer do segundo capítulo deste trabalho já foi apontado e demonstrado de modo exaustivo como a prisão em flagrante pode ocorrer, além do apontamento das espécies de crime e dos requisitos legalmente determinados para sua validade, ou seja, aqueles apresentados no artigo 301 e 302 do CPP.

Observa-se, ainda que em conformidade com as determinações legais, a existência de dois problemas primários a se desbravar: primeiro, pois qualquer do povo pode realizar a prisão em flagrante, todavia a maioria não apresenta a mínima noção de como proceder ou do que poderá realizar caso faça a apreensão de alguém na modalidade flagrante; segundo, a prisão em flagrante tem como regra a restrição da liberdade, fato que em primeira constatação está em desconformidade com o princípio da proporcionalidade, pois viola uma garantia fundamental.

Ressalte-se a segunda problemática apresentada, pois, sim, a regra da prisão em flagrante é a restrição da liberdade, portanto, frente uma consideração rápida poderá se afirmar que ela segue em contrariedade com o princípio da proporcionalidade, pois determina que se faça uma análise de suas três máximas antes de determinar qual a melhor posição a ser tomada; contudo, essa afirmação é errônea para este caso específico.

A prisão em flagrante foi um mecanismo que conforme relatado no primeiro capítulo, evoluiu ao longo do tempo e adquiriu aspectos e requisitos totalmente diversos da prisão para cumprimento de pena, ou seja, ela vai ser aplicada em sede administrativa e de maneira cautelar justamente para evitar que (i) provas se deteriore, que (ii) o indiciado desapareça ou para que (iii) a vítima e a sociedade se mantenha integras.

Ante a interpretação legalista, quando a prisão em flagrante se vislumbra, isso significa que há a prática de uma ação delitiva, significa que alguém já percorreu quase todo o *iter criminis* e está em vias de executar suas ações para atingir seu objetivo, logo, o flagrante impedirá esse resultado ou recolherá o executor

até a sua sentença final, por isso, a criação da prisão em flagrante teve como pressuposto lógico a observância das três máximas do princípio da proporcionalidade.

De acordo com o ensinamento de Robert Alexy (2015), aponta-se que sob o viés da proporcionalidade em sentido lato, a prisão em flagrante é válida e eficaz, pois está em conformidade com suas três máximas. Ou seja, ela é adequada (o autor do fato foi encontrado durante a execução, em momento posterior ou logo em sequência com os objetos que se fazem presumir ser ele o autor do delito), é necessária (evita que o ato se consuma, permite que as provas sejam encontradas e não se deteriore, nem sejam destruídas) e é proporcional, em sentido estrito (há determinação legal de que essa prisão é válida).

O grande problema da prisão em flagrante é a possibilidade de que qualquer pessoa do povo possa efetuar-la, tal dicção jurídica se encontra em total desconformidade com a realidade social. A maioria da população não demonstra consciência de que pode prender outra pessoa em flagrante, primeiro por não ter o conhecimento jurídico e técnico necessário para definir determinados atos como crime, em segundo, pelo medo, pelo receio e pelo temor de perseguições e represálias.

Esse fato apenas prova que caso uma prisão em flagrante seja efetuada por qualquer pessoa do povo, o indiciado facilmente será livre, pois sua prisão com toda certeza terá algum vício, pois há um excesso burocrático da legislação para a validade da restrição.

Entende-se que o simples erro no preenchimento do documento acerca de prisão em flagrante não deve ser motivo suficiente para que ela seja relaxada e o investigado posto em liberdade. O próprio instituto já foi criado com uma finalidade própria, não se deve exigir a nova comprovação de todos esses itens, do mesmo modo, que o excesso burocrático não deve ser um empecilho ao trabalho da segurança pública que cuida de toda a sociedade.

Assim, há um mecanismo que deveria auxiliar e proteger a sociedade cada vez mais, contudo, ele padece de força efetiva, seja pela falta de realização, pois nem sempre há policiais em número suficiente para realizar o flagrante, seja pela impossibilidade social de fazer valer aquele ato.

A realização da prisão em flagrante não deveria ser tão assoberbada com excessos e limitações que apenas prejudicam o trabalho de policiais que muitas

vezes se veem abarrotados ou incapazes de efetivar sua materialidade dentro das exigências legais que impõe diversas minúcias totalmente fora da realidade física e diária da nossa atividade recorrente e diária da força policial.

É preciso ter uma aplicação efetiva das ciências sociais que vão fazer valer os direitos e a ordem democrática social. De nada adianta um mecanismo que tem força quando já há um crime, portanto, passível de punição se a própria legislação reveste o mecanismo de inúmeras exigências quase impossíveis de realização.

Insta salientar, conforme documento em anexo (ANEXO A – Dados das prisões em flagrante), que no ano de 2018, os postos de delegacia da Polícia Civil do Distrito Federal efetuaram, de maneira individualizada, uma média de mais de 557 prisões em flagrante. Frente esse fato, considerando a totalidade dos postos que efetuaram flagrantes – 13 (treze) delegacias – percebe-se a totalidade de 7.248 prisões em flagrante apenas no Distrito Federal.

É justamente a instrumentalidade da medida cautelar de referência ao processo, em toda a sua complexidade, que possibilita um concurso entre vários tipos de cautelas, sofrendo estas mutações que o desenvolvimento da relação processual ocasiona, ensejando a conversão de um tipo de cautela em outro, atentas as variações das circunstâncias ocorrentes. Assim, a prisão em flagrante representa pela sua instrumentalidade pré-cautela em relação a prisão preventiva, podendo-se afirmar que, desde o momento em que a prisão-captura se converte em prisão custódia, a tutela cautelar mediata se transforma num meio de tutela cautelar provido de uma verdadeira e própria cognição, no qual foram reconhecidos os seus pressupostos básicos, ou sejam, a urgência (*periculum in mora*) e a aparência jurídica da possibilidade de êxito contra o indiciado (*fumus boni iuris*) (BARROS, 1982, p.124).

A finalidade na confecção do flagrante está em buscar indícios e provas daquele que foi preso, ou seja, há a presunção de determinada pessoa ser achada enquanto efetua a prática de algum crime.

Interessante ressaltar uma crítica deste pesquisador, como bem ressaltado há um prazo de 24 (vinte e quatro) horas para se informar acerca da prisão em flagrante. Consequentemente, num espaço onde se efetua uma média de 557 prisões em flagrante por mês, referido prazo se mostra totalmente exíguo, fato que acaba por determinar a ilegalidade de muitas prisões. Ressalte-se, todavia, que esse excesso de burocracia acaba solapando o exercício da atividade policial.

Em que pese se possibilite a mudança das penas que podem ser devidamente aplicadas de modo subsidiário à pena de reclusão, o flagrante não

deve ser uma medida tão burocrática, principalmente na vida prática daquele que diariamente atua nas ruas em prol da segurança pública.

Registre-se o conteúdo presente nesta peça em que a prisão em flagrante, realizada por policiais militares ou civis, em tese, contrárias à legislação em vigor, precisaram ser, extraordinariamente, mantidas, bem como casos em que houve por bem a homologação da prisão por questões de adequação ao princípio da proporcionalidade e, acima de tudo, por questão de justiça!

Um dos referidos casos foi registrado justamente durante o período de exercício policial. Para tanto será ressaltado e elencado apenas os dados e apontamentos necessários à compreensão da problemática, deixando-se de mencionar particularidades relacionadas às partes.

Certa vez, em uma das cidades satélite do Distrito Federal, denominada como Recanto das Emas, os policiais daquela delegacia trouxeram à presença da Autoridade Policial um indivíduo que estava em sua residência, nu, apenas com uma toalha enrolada no corpo.

Acerca desse fato relataram-lhe que em suas rondas rotineiras, avistaram a citada pessoa deitada nua, ao lado de duas crianças (irmãs), sendo eles, um garoto e uma garota (ambos inimputáveis). Disseram que quando se apresentaram na casa, a pessoa se mostrava visivelmente embriagada e as crianças intimidadas.

Diante desses fatos, conduziram todos até a delegacia, onde estávamos de plantão. Após realizar entrevista individualizada, feita em conjunto com uma policial com formação em psicologia, ambas as crianças, de forma individualizada, narraram que o homem encontrado era seu padrasto. Logo após, informaram que ele se embriagava constantemente, enquanto a genitora delas trabalhava ao longo do dia.

Complementaram seus dizeres informando que o assédio era constante, inclusive com toques em suas partes íntimas, sendo que o padrasto os obrigava, inclusive, à manipulação de seu órgão genital. Essa situação estava ocorrendo há meses, contudo, nada relatavam à sua genitora em razão das ameaças efetuadas pelo autor do fato contra as vítimas, bem como contra a sua esposa.

Não obstante, quanto ao fato de terem sido encontrados, naquela tarde de sábado, por volta das 16 horas, deitados ao lado de seu padrasto, disseram que ele após chegar embriagado, determinou que o casal de irmãos deitasse nus ao lado dele. No entanto, naquela tarde, não foram forçados a tocarem ou a serem

tocados por aquele.

Contudo, no dia anterior, logo após o almoço, foram obrigados à prática de “carícias” na genitália (pênis) dele. Inclusive, naquele dia, em um primeiro momento, negaram-se a realizar o ato enquanto choravam copiosamente.

Assim sendo, sob a ótica do artigo 301 e seguintes do CPP referido fato, não obstante, à sua gravidade, não preencheria os requisitos formais da lei. Ou seja, deveria ter sido lavrada a ocorrência, formalizado o termo de depoimentos e instaurado o inquérito mediante portaria, porquanto, no Brasil, vale frisar, o inquérito policial se instaura mediante portaria ou prisão em flagrante.

Contudo, a título de informação, mostra-se contundente ressaltar que grande parte da população periférica do Distrito Federal é oriunda dos estados do Nordeste Brasileiro, por isso, a maioria dos municípios se localizam bem distantes da Capital Federal.

Tendo por base essa avaliação extrema e a gravidade do delito em comento, bem como o real risco de fuga do delinquente para seu estado de origem, fator que se mostrou contundente na tomada de decisão do Delegado de Polícia ao, contrariamente à legislação, lavrar o Auto de Prisão em Flagrante.

Ao decidir pela lavratura e comunicar a equipe policial de plantão para que tomassem as devidas medidas de encarceramento do autor do delito, toda a equipe questionou a suposta ilegalidade do auto lavrado.

Houve debate acerca da consciência da legalidade, bem como, exposições de que a antiga lei de 1941 já não açambarcava determinadas situações delituosas onde a gravidade da ação deveria se sobrepor à lei sob o seu aspecto formal.

Desta feita, após a minuciosa lavratura do flagrante bem como a colheita de depoimento das vítimas, onde houve exposto relato dos constantes abusos sexuais sofridos, as ameaças diárias para encobrirem aqueles atos, bem como os vínculos afetivos do autor com a região do Nordeste Brasileiro. Portanto, tudo em conformidade com a ordem de oitivas preconizada no artigo 304 do CPP.

Atento aos ditames do artigo 306 do CPP pátrio, a prisão foi devidamente comunicada ao Juiz competente, ao Ministério Público, à Defensoria Pública, e à família do preso. No dia seguinte, de acordo com o artigo 310 do CPP, o juiz ao receber o auto de Prisão em Flagrante deveria de forma fundamentada relaxar a prisão, caso a entendesse ilegal, converte-la em Preventiva, caso entendesse

presentes os requisitos do artigo 312 do CPP, ou, por fim, conceder liberdade provisória.

No presente caso, para surpresa de alguns, o Magistrado que avaliou o presente caso entendeu por bem converter a Prisão em Flagrante em Prisão Preventiva, máxima ventilada em razão da gravidade do fato e do potencial risco de evasão.

Posteriormente, após alguns anos soube-se da condenação final do outrora indiciado pelo crime de estupro.

Com efeito e avaliando, em síntese, o caso em comento nota-se, mais uma vez, que embora o suspeito não estivesse, no momento, cometendo a infração penal (pois o simples fato de estar deitado nu não configura o crime de estupro), e não tivesse acabado de cometer o estupro (a última conduta tinha sido a mais de 24 horas antes da sua apresentação à autoridade policial), bem como, não houve perseguição e nem fora encontrado com instrumentos ou objetos que fizessem ou presumiam ser ele o autor da infração citada houve a lavratura da prisão como sendo flagrante, posteriormente ela foi homologada pelo juiz competente e recebeu parecer do membro do Ministério Público pela sua manutenção e legalidade.

Tal caso, entre outras centenas, demonstra a necessidade de uma norma Processual Penal mais moderna e coadunada com o desenvolvimento das atividades penais, bem como com a modernidade das ações delituosas. Deveras, o caso demonstra o mister de haver uma brecha a ser suplantada pelo princípio da proporcionalidade, funcionando, assim, enquanto maximizador de resultados.

Citada conduta praticada por agentes da Polícia Judiciária em seu dia a dia, bem como por diversos colegas, foram necessárias, tendo em vista a inflexibilidade da legislação em vigor que trata sobre o tema, bem como sua incapacidade de resolver novas situações e tipos penais, em razão, também, de estarem ultrapassadas à nova realidade que era, até a época da sua edição, imprevisíveis.

De igual modo, quando os autos de prisões em flagrante realizados nestas circunstâncias extraordinárias eram encaminhados ao Ministério Público ou diretamente ao Poder Judiciário, deparemos-nos com duas situações: (i) homologação da prisão, mesmo realizada contrariamente à “letra da lei” ou (ii) sua manutenção, em caráter extraordinário, pois embora em desconformidade com a “lei seca”, no caso em prático não era razoável ter deixado de realizar a lavratura da

prisão em flagrante, antes as peculiaridades demonstradas.

Conforme foi asseverado o princípio da proporcionalidade deve ser uma possibilidade material e fática capaz de efetivar e manter a prisão em flagrante, pois ela está em conformidade com as necessidades fáticas da nova realidade social que há muito demanda e anseia por drásticas mudanças na legislação penal.

Ao buscar e lutar pela aplicação da lei de forma correta, justa e de acordo com a evolução da sociedade, deve o legislador se preocupar com a política criminal, e as novas situações até então imprevisíveis quando na sua elaboração.

Contudo, foram omissos e deixaram um vácuo legislativo, além de terem abandonado o agente estatal e os operadores do Direito (no caso o Delegado de Polícia) que se viram frente vários problemas sem resolução legal, tendo que recorrer-se, então, a meios não previstos na lei, doutrina e jurisprudência. Ou então, obriga o aplicador a ser apenas um fiel cumpridor de uma lei injusta e ineficiente.

Acerca dessa ideia e pensamento, interessante ressaltar o ensinamento de Eugénio Pacelli de Oliveira (2004, p.3) para o qual:

[...] não é o mais admissível compreender e muito menos seguir aplicando o processo penal sem a filtragem constitucional. O Código Processual Penal, de 1941, não está superado apenas pelo tempo. Está superado também por força da incompatibilidade normativa do Texto de 1988, em cujo bojo se construiu um sistema de garantias individuais com abrangência suficiente para fazer evaporar diversos dispositivos do nosso CPP.

Houve um avanço na consagração e proteção dos direitos e garantias individuais de toda e qualquer pessoa humana, de modo que prontamente se passou a exigir a validade e eficiência desses novos direitos, principalmente no ordenamento jurídico, entretanto não se buscou casar a legislação penal e processual penal com essas mudanças drásticas, houve um abandono à política criminal e à efetiva consciência e função da punibilidade.

O excesso de limitações e estipulações de ordem administrativa apenas dificulta e assoberba sobremaneira a atividade dos órgãos policiais que ao invés de realizarem seu trabalho em patrulhamentos e investigações de outros casos, tornam-se reféns de inúmeros documentos e papéis demandados e exigidos pela lei que caso não se formule, fará com que todo aquele procedimento seja inválido; há uma grande preocupação com os documentos e se esquece da real importância da ciência jurídica criminal é sua íntima e fiel relação com a transformação social.

CONCLUSÃO

O desenlace deste trabalho por intermédio da pesquisa de revisão bibliográfica, bem como em observância aos julgados dos Tribunais Superiores, enquanto órgãos máximos do Poder Judiciário, além de atenção à doutrina mais alinhada com o tema, permitiu a observância e perspectivas de alguns apontamentos acerca do instituto da Prisão em Flagrante.

Apesar de não abranger um apanhado geral e minucioso sobre o andamento generalizado das atividades policiais que envolvem as atuações policiais por todo o Estado, quiçá, pelo país, pode-se abordar alguns casos específicos vividos por esse autor, antes o exercício da sua atuação policial.

Por meio dessas questões específicas foi possível extrair o substrato necessário para demonstrar e embasar a necessária mudança da engessada legislação acerca do tema em voga.

Nesse sentido, frente o desenvolvimento e construção dialógica e sistemática do primeiro capítulo possibilitou construir e trazer à baila a existência do instituto da prisão, com o seu desenvolvimento e evolução enquanto mecanismo penalizante, perdendo, ao longo dos anos sua mera condição de guarda.

Foi possível ordenar uma linearidade com a demonstração primeiro do uso da prisão enquanto um mero viés acautelatório, após o qual sobrevinha a efetiva condenação e execução da pena corporal. De modo concomitante, pode-se perceber que a prisão e a pena se desenvolveram em conjunto, de modo que, na era moderna, a prisão se tornou uma das espécies de pena, mas não a única.

Outrossim, houve a demonstração especificamente da prisão no continente português, principalmente em virtude das três mais importantes Codificações cuja influência seria aplicada em preponderância no território brasileiro, enquanto colônia de Portugal, sendo elas as Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

Ante o advento do liberalismo, a prisão deixa de se tornar o primeiro e mais importante mecanismo de efetivação, e restará revestida pelo viés humanitário no sentido de se tornar a *ultima ratio*, ou seja, será realizada em último caso, exceto quando há uma condenação cuja pena se realize em presídios (prisão-pena), e apenas quando for estritamente necessário ao desenvolvimento da persecução

penal, questão analisada ante as particularidades de cada caso específico (prisão-cautelar).

Nesse mesmo sentido, a prisão em flagrante exsurge enquanto mecanismo hábil a manter, sob observação e cuidado dos órgãos de segurança pública, aquela pessoa que seja encontrada em determinadas condições passíveis de permitir a sua percepção enquanto possível autor do fato ilícito.

Realizado esse apontamento histórico, houve a importância de se trazer ao conhecimento o instituto da prisão especificamente no Ordenamento Jurídico Brasileiro, em que primeiro houve a incidência e vigência das ordenações portuguesas, sendo precedido pela primeira Constituição e a efetiva separação dos institutos legislativos basilares para o desenvolvimento da política criminal, o Código Penal e do Código Processual Penal.

Contudo, apenas frente o advento da Constituição de 1988 é que o instituto da prisão em flagrante demandará maior respeito e alinhamento em conformidade com os direitos e garantias fundamentais concernentes a toda e qualquer pessoa humana.

Assim, o primeiro capítulo trouxe esse fundamental desenvolvimento, segregação, evolução e fundamentação do instituto da prisão em flagrante além de fazer o confronto daquele para com o princípio primordial da dignidade da pessoa humana que, no caso, é o da liberdade de ir e vir.

Em sequência e buscando construir uma linearidade que permitisse a completa compreensão do tema e seu desenvolvimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro o segundo capítulo foi primordial na tratativa dos apontamentos legalistas e interpretativos das normas processuais e discussão envolvendo aspectos de direito penal material.

Na delimitação para essa pesquisa, apontou-se que a prisão foi segregada entre a prisão efetivamente para o cumprimento da pena e a prisão enquanto viés acautelatório, essa, por sua vez, divide-se em três modalidades: a preventiva, a temporária e o flagrante.

De modo que o flagrante pode ser interpretado dentre três diferentes tipos de correntes doutrinárias, assim sendo, optou-se, frente o sentido e significado atribuído a esta espécie de prisão adotar a terceira corrente, sendo ela a majoritária dentre os doutrinadores, dessa forma, a prisão em flagrante é composta por dois momentos: um administrativo e outro processual.

Posteriormente, este trabalho trouxe a exposição das inúmeras hipóteses de crimes e sua adequação ao procedimento para a formalização da prisão em flagrante, pois, para ser declarada como válida e ter eficácia, deverá estar intimamente interligada com os preceitos legais determinados no Código de Processo Penal, especialmente aqueles elencados no artigo 301 e seguintes, no Código Penal (com base no fato típico e no tipo penal) e, quando necessário, em legislações esparsas, como, por exemplo, o tráfico de entorpecentes.

Assim sendo, segundo a legislação premente, caso exista algum excesso ou falte algum ato minimamente determinado em lei, a prisão será declarada em desconformidade com a legislação correlata fato que torna a segregação realizada mediante o flagrante ilegal, ou seja, resultará em seu relaxamento, pois em desconformidade e contrariedade com o mandamento constitucional pátrio

Desse modo, o excesso de determinações burocráticas cria um prejuízo, tanto para o andamento e desenvolvimento da atividade penal, quanto para a aplicação e efetiva manutenção daquela pessoa presa em flagrante.

Outrossim, esse excesso de determinações cria uma atuação e uma legislação engessada e mecânica enquanto a atuação dos agentes de segurança pública resume-se, ainda que legais, contrárias à letra seca da legislação e, sob esse viés, ilegais.

Todavia, em razão da prisão em flagrante ser um mecanismo cuja validade tem lugar justamente em momentos específicos, em tese, é materialmente demonstrado e comprovado a culpa ou participação do indivíduo esse instituto também deve ser observado e interpretado em conformidade com os princípios constitucionais no intuito de servir como base para penalizar e manter o cárcere, ainda que durante o andamento do procedimento administrativo.

Em razão desse apontamento, houve a construção do terceiro e derradeiro capítulo no qual foi abarcada a importância dos princípios, bem como, seu surgimento e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, houve a abordagem específica e minuciosa da incidência do princípio da proporcionalidade no processo penal brasileiro. Foi demonstrado que mesmo enquanto mandamento constitucional e de proteção aos direitos humanos e respeito à sociedade ele poderá ser utilizado para aumentar ou manter a pena de reclusão.

Todavia, de acordo com o ensinamento de Robert Alexy (2015), para sua efetividade e eficácia, é preciso que ele se mostre em conformidade e devidamente fundamentado em seus três subprincípios, sendo eles, o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Ou seja, é preciso permitir uma maior abertura na atividade policial que possa ser pacificamente construída e válida frente a ótica do princípio da proporcionalidade. Óbvio que a expansiva abertura de atuação, sem nenhum tipo de controle, enseja prejudicar o indiciado ou investigado permitindo ilicitudes e ações deturpadoras dos preceitos de dignidade humana. Portanto, a proporcionalidade serve justamente como parâmetro para resolver casos em que determinadas práticas colocam em conflito princípios de igual valoração.

Igualmente, como restou estruturado e apontado na apresentação de alguns julgados, os próprios Tribunais Superiores permitem e tornam possível a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade enquanto mecanismo que possa tornar mais árdua a pena aplicada, quanto mais, para manter a prisão em flagrante em razão dos meios e modos como ela se fundamentou.

Em deslinde, após toda a explanação e observação, defende-se, enquanto possível solução, em longo prazo, para permitir e primar pela efetiva e possível atuação das forças policiais bem como à salvaguarda da ordem social, além de ser um dos objetivos da segurança pública, a necessidade de uma evolução legislativa por meio da reedição de um novo código processual penal onde a figura da prisão em flagrante esteja estruturada em conformidade com o seu objetivo.

Consequentemente, outro fator que será consentâneo ao bom desenvolvimento da norma processual penal diz respeito à necessária materialização – de modo expresso e esmiuçado – do princípio da proporcionalidade frente o esteio normativo processual penalista, permitindo assim sua aplicabilidade de modo afunilado e uniforme, sem permitir a incidência de insegurança jurídica à sociedade.

Todavia, até que referida reforma tenha premência, é preciso sanar o problema atual. Ou seja, é imprescindível, em curto prazo, uma reestruturação concernente aos problemas teóricos abordados quando há um confronto entre a finalidade do instituto da prisão em flagrante e os códigos imperativos, sob pena de continuarmos aplicando uma lei ultrapassada, defasada, e não concernente com a nova e crescente crise de criminalidade.

Logo, defende-se a possibilidade de uma atuação policial mais centrada na efetividade da ação penal e cuidado para com a segurança pública, contudo, essa ação deverá ser pautada na norma penal, ou, quando naquela não encontrar respaldo no princípio da proporcionalidade. Devendo o mesmo ser estipulado, esmiuçado e apontado pela entidade coatora.

Pois, conquanto se mantenha essa disrupção no sistema criminal, onde para a sociedade há descaso e ineficácia por parte dos órgãos de segurança pública, prejudicados em sua atuação em razão da ausência de dispositivos efetivos e eficazes, haverá a contínua soltura e impunidade de vários criminosos que prejudicará, em um nível maior, a segurança social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 4ª Edição. Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. 4ª Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROS, Vinícius Diniz Monteiro de. **A prisão em flagrante no modelo constitucional de processo**. Minas Gerais: Arraes Editora, 2013.

BARROS, Romeu Pires de Campos. **Processo Penal Cautelar**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das Penas**. Martin Claret, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva**. v. 89. n. 772., p. 455-462. fev. 2000. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de direito penal - v. 1: parte geral (arts. 1 a 120)**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. 7ª reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm> Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. **Código Criminal do Império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm> Acesso em 01 maio 2018.

BRASIL. Lei de 29 de dezembro de 1833. **Código do Processo Criminal do**

Império do Brasil. Promulga o Código do Processo Criminal de primeira instância com disposição provisória acerca da administração da Justiça Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm> Acesso em 26 maio 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso em 02 ago 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 146.977 São Paulo.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314066014&ext=.pdf>> Acesso em 02 ago 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição 7.346 Distrito Federal.** Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314633859&ext=.pdf>> Acesso em 02 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 446.649 São Paulo.** Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82691293&num_registro=201800927190&data=20180426&tipo=0&formato=PDF> Acesso em 02 ago 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus nº 99.073 Minas Gerais.** Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=84415260&num_registro=201801381042&data=20180614&formato=PDF> Acesso em 02 ago 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 19. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Prisão Cautelar - Dramas, Princípios e Alternativas** - Com a Lei 12.403/11. 2 ed. São Paulo: Lumen Juris, 2011.

DEU, Teresa Armenta. **Lecciones de derecho procesal penal.** Segunda edición. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales, S. A., 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas.** 3. Ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESPANHA. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la **Ley de Enjuiciamiento Criminal.** Disponível em <[https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1882/09/14/(1)/con)> Acesso em 13 jul 2019.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve história do direito penal e evolução da pena.** Revista Eletrônica Jurídica (REJUR). N.1. p. 60-69. Paraná, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva,

2009.

JIMÉNEZ, Joan J. Queralt. **Estudios sobre Derecho penal y protección de derechos fundamentales**. Presentación Sergio J. Cuarezma Terán. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ). Nicaragua, 2007.

KELLNER, Douglas. **A cultura da mídia – estudos culturais, identidade e política entre o moderno e o pós-moderno**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. São Paulo: EDUSC, 2001.

KELSEN, Hans. **O que é Justiça? a justiça, o direito e a política no espelho da ciência**. Tradução de Luís Carlos Borges. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4ª Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
 _____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. II, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
 _____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARQUES, Jose Frederico. **Elementos de Direito processual Penal**. Vol. IV, Campinas: Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
 _____. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal comentado**, 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 3ª Ed. rev., ampl., e atual..Belo Horizonte: Del rey, 2004.

PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 78/1987, de 17 de Fevereiro**. Aprova o Código do Processo Penal. Disponível em
 <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=199&tabela=leis>
 Acesso em 01 jul 2019.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed.

São Paulo: Saraiva, 1982.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Ricardo Marcelino Palo Rodrigues. São Paulo: Hunterbooks, 2014.

SILVA, André Luiz Augusta da. **Retribuição e história: para uma crítica ao sistema penitenciário brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, prisão e liberdade provisória**. São Paulo: Saraiva, 1980.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Processo Penal. Tomo I**. 3.^a ed. rev., actual. E aumente. Coimbra: Almedina, 2010.

ANEXO A - DADOS DAS PRISÕES EM FLAGRANTE.



POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL
DEPARTAMENTO DE INTELIGÊNCIA E GESTÃO DA INFORMAÇÃO
 DIVISÃO DE ANÁLISE TÉCNICA E ESTATÍSTICA
 SEÇÃO DE ESTATÍSTICA

Nr. 145/2019

Prot. 484437/2019-DATE

PRISÕES POR APF NAS CEFLAGS EM 2018

CEFLAG	TOTAL
01ª DP	441
05ª DP	601
06ª DP	727
12ª DP	512
13ª DP	432
20ª DP	337
21ª DP	559
23ª DP	542
24ª DP	451
26ª DP	499
27ª DP	853
30ª DP	841
31ª DP	453
TOTAL	7.248

FONTE: PCDF/DGI/DATE/SE/Polaris

Pesquisa realizada pela data do procedimento

Data da pesquisa: 10ABR2019